Kausale Übereignung im Liegenschaftsrecht?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Werner Arnold
Gerichtsreferendar aus Kassel.

Marburg 1939

Druck von Franz Fischer und Josef Brehler in Marburg

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 3. November 1938

Berichterstatter: Professor Dr. *Felgentraeger*
Mitberichterstatter: Professor Dr. *Boehmer*

Tag der mündlichen Prüfung: 3. November 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht.

I. Die rechtsgeschäftliche Uebertragung von Liegenschaften.
   a) Die Uebereignung von Liegenschaften nach deutschem Recht.
   b) Die Uebereignung von Liegenschaften im Rechte anderer Völker.
   c) Geistige und politische Grundlagen des abstrakt-dinglichen Vertrages.

II. Das neue deutsche Bodenrecht.
   a) Die neue Bodengesetzgebung.
   b) Die Wandlung in der Auffassung vom Boden.

III. Kritik des abstrakt-dinglichen Vertrages vom Standpunkt einer kausalen Uebereignung.

IV. Der abstrakt-dingliche Vertrag de lege lata.

V. Liegenschaftsverkehr und Grundbuch.
   a) Der Zweck des Grundbuchs.
   b) Eintragungsprinzip.
   c) Konsensprinzip und Legalitätsprinzip.

VI. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs.

VII. Vergleichende Gegenüberstellung von abstrakter und kausaler Uebereignung in ihrer rechtlichen Auswirkung für das Liegenschaftsrecht.
   a) Vergleichende Gegenüberstellung des Anspruchsinhalts.
   b) Vergleichende Gegenüberstellung der Anspruchsfolgen.

VIII. Ausgestaltung der kausalen Uebereignung bei nachträglichem Wegfall des Rechtsgrundes.

IX. Zusammenfassung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0034

Schrifttum.

Biermann, Kommentar zum BGB. Sachenrecht. 1914.

Breyhan, Abstrakte Uebereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung. 1929.

Busse, „Bodenrecht statt Grundstücksrecht" in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1937, S. 724 ff.

— — „Gliederung und Einheit des deutschen Bodenrechts" in Zeitschrift f. d. gesamte Staatswissenschaft 1938, S. 498 ff.

Curti, Englands Privatrecht. I. u. II. Bd. 1927.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. III. Bd. 1900.

Ehrenzweig, System des allgemeinen Privatrechts. I, 2 1925.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 1931.

Felgentraeger, Carl Friedrich von Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre. 1927.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889.

Haab, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd.: Sachenrecht. Zürich 1931.

Heck, Schuldrecht. 1929.

— — Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft. 1937.

Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. II. Teil, 2. Hälfte, 1935.

Jenny, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem schweizerischen ZGB. Freiburger Diss. 1926.

Klang-Bartsch, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wien 1930—1934.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung. 1905

Kruse, Das Eigentumsrecht. II. Bd. 1935.

Lange, Boden, Ware und Geld. I. Teil: Grundfragen. 1937.

— — „Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft" in Deutsches Recht 1935, S. 483 ff.

Larenz, Vertrag und Unrecht, II. Bd.

Leemann, Sachenrecht. Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, hrsg. von *Gmür*, 1925.

Locher, „Die Grundbuchverfassung im künftigen Recht" in Jahrb. d. Akad. f. dtsch. Recht. 1937, S. 42 ff.

Marcuse, „Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäffs auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft" in Gruch. Beitr. Bd. 66, S. 159 ff.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.

Oertmann, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 1927.
Planck-Strecker, Sachenrecht. 1933.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 8. Aufl.
Rumpf, „Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138 u. 817 BGB" in Arch. f. d. zivilistische Praxis, Bd. 117, S. 315 ff.
v. Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 10. Aufl. 1935.
Stoll, Deutsches Bauernrecht. 1935.
Strohal, „Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines BGB" in Iher. Jahrb. Bd. 27, S. 335 ff.
Tancré, Die vertragliche Uebereignung von Grund und Boden im französischen Recht. Diss. Köln 1935.
Triebel, Materielles Grundbuchrecht. 1938.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 3 Bde. 1910—1918.
— — Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. 1924.
— — „Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht" in Ztschr. f. schweizerisches Recht Bd. 62, S. 40 ff.
— — „Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag" in Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 120, S. 1 ff.
Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 1932.
Wieacker, Bodenrecht. 1938.
— — „Eigentum und Eigen" in Deutsches Recht 1935 S. 496 ff.
— — „Bauernrecht und bürgerliches Liegenschaftsrecht" in Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 193 ff.
— — „Zur Struktur des Berichtigungsanspruchs" in Deutsche Juristen-Zeitung 1936, S. 989 ff.
— — Wandlungen der Eigentumsverfassung. 1935.
Wieland, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches. 1909.
Wolff, Sachenrecht. 1929.
Zachariä-Crome, Französisches Zivilrecht. 1894.
Zivilgesetze der Gegenwart:
Bd. I: Frankreich, Code civil. 1928.
Bd. II: England, Das Zivilrecht Englands. 1931.
Bd. X: Das Zivilrecht der nordischen Länder Finnland und Schweden. 1933.

I. Die rechtsgeschäftliche Uebertragung von Liegenschaften.

a) Die Uebereignung von Liegenschaften nach deutschem Recht.

Nach deutschem Recht zerfällt der wirtschaftlich-einheitliche Vorgang der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung an Liegenschaften in drei verschiedene rechtlich bedeutsame Teile. Durch den obligatorischen Vertrag — hier kommt vor allem der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag in Betracht — entsteht erst eine persönliche Verpflichtung des Veräußerers zur Eigentumsbeschaffung. Die dingliche Rechtsänderung vollzieht sich in zwei weiteren Akten. Die Parteien müssen sich über den Eigentumsübergang einigen, und die Eintragung der Rechtsänderung muß im Grundbuch erfolgen (§ 873 BGB). Bei der Uebereignung von Grundstücken führt die Einigung den deutschrechtlichen Namen „Auflassung" (§ 925 BGB). Diese Teilung in drei aufeinanderfolgende Rechtsvorgänge bei der rechtsgeschäftlichen Uebertragung von Liegenschaftsrechten ist nicht nur eine äußerliche Trennung des Uebereignungstatbestandes vom Verpflichtungsgeschäft, sondern die Uebereignung steht völlig selbständig neben dem Rechtsgrund. Die dingliche Rechtsänderung vollzieht sich völlig unabhängig davon, ob der rechtliche Zweck, der mit ihr erreicht werden sollte, sich verwirklicht oder nicht. Bei der Eigentumsübertragung kommt es lediglich auf den Uebereignungswillen an; irgendwelche Zweckvorstellungen sind dabei bedeutungslos. Die Eigentumsübertragung ist losgelöst von dem Verpflichtungsgeschäft, daher spricht man hier von einer abstrakten Gestaltung der Uebereignung. Die Wirksamkeit des Kausalgeschäftes ist für die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages ohne unmittelbare Bedeutung.

Die trotz Mangelhaftigkeit des Grundgeschäftes rechtswirksame abstrakte Zuwendung kann nur kraft eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden.

b) Die Uebereignung von Liegenschaften im Rechte anderer Völker.

Das deutsche Recht nimmt dadurch, daß es die Uebereignung völlig losgelöst von dem zugrundeliegenden Kausalverhältnis als abstrakten, sachenrechtlichen Vertrag betrachtet, eine Sonderstellung gegenüber allen fremden Rechtsordnungen ein.

So bedarf zwar im schweizerischen Recht der Erwerb von Grundstücken gemäß Art. 656 ZGB ebenso wie im deutschen Recht der Eintragung in das Grundbuch. Aber Art. 974 ZGB bestimmt, daß ein solcher Eintrag ungerechtfertigt ist, wenn er ohne gültigen Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist. Daraus ergibt sich, daß zur Uebereignung eines Grundstücks ein gültiges Kausalgeschäft erforderlich ist. Anders als im deutschen Recht wird also hier die Uebereignung vom Vorhandensein eines gültigen Rechtsgrundes abhängig gemacht. Einen dinglichen Vertrag im Sinne der deutschen Auflassung kennt das schweizerische Recht nicht, deren Stelle nimmt vielmehr das Grundgeschäft ein. Der Eintrag und das Verpflichtungsgeschäft bilden den Rechtsänderungstatbestand [1]).

Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch knüpft zwar auch den rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsel, ebenso wie das deutsche und schweizerische Recht, an die Eintragung in das Grundbuch als notwendiges Erfordernis der Rechtsänderung. § 431 ABGB bestimmt, daß erst mit der Eintragung, der sog. bücherlichen Einverleibung, des Erwerbungsgeschäftes das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Die Einverleibung für sich allein bewirkt den Eigentumsübergang nicht, es muß noch ein gültiger Titel hinzukommen. Als Titel kommen in Betracht: Vertrag, letzwillige Verfügung,

1) *Haab*, Züricher Kommentar §§ 655 ff.; *Tuor*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch § 90.

richterlicher Ausspruch oder das Gesetz, d. h. ein Tatbestand, aus welchem nach gesetzlicher Anordnung ein Anspruch auf Eigentumsübertragung entsteht. Bei der hier in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen Veräußerung ist etwa der Kaufvertrag Titel der Einverleibung. Eintragung und Titel sind derart voneinander abhängig, daß ohne gültigen Rechtsgrund trotz Eintragung kein Eigentum übergehen kann. Das Grundgeschäft ist materielle Voraussetzung der Eintragung bei der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung [1]).

Während die bisher erwähnten Rechte einschließlich des deutschen Rechtes die Eigentumsübertragung an den Publizitätsakt der Eintragung knüpften, stehen die dem romanischen Rechtskreis angehörigen Rechte auf dem Boden des Vertragsprinzips, d. h. das Eigentum geht bereits mit dem Abschluß des obligatorischen Vertrages auf den Erwerber über. So bestimmt Art. 711 Cc für das französische Recht: „La propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations". In Einklang mit dieser Vorschrift bestimmt Art. 1138 Cc: „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes". Der Abschluß einer Schenkung, eines Kaufvertrages oder eines sonstigen Kausalvertrages mit der Verpflichtung zur Uebereignung eines Grundstückes bewirkt also nicht nur, daß der Käufer einen Anspruch auf Uebereignung bekommt, sondern daß zugleich schon sein Anspruch erfüllt ist. Mit dem Abschluß ist er Eigentümer. Aus den Worten: „l'obligation de donner est parfaite" ergibt sich zwar, daß man noch an dem Gedanken der körperlichen Uebergabe festhielt; die folgenden Worte: „par le seul consentement des parties" bringen nur zum Ausdruck, daß eine solche nicht mehr notwendig ist. Eine die Publizitätswirkung des Besitzwechsels ersetzende Eintragung in ein öffentliches Buch wird ebenfalls nicht vorgeschrieben. Die Frage nach dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs kann also aus dem Gesetz nicht beantwortet werden. Nach herrschender Ansicht entscheidet

1) *Klang*, Kommentar zum Allgem. Bürgerl. Gesetzb. I, 2 §§ 431 ff.; *Ehrenzweig*, System d. Allgem. Privatrechts I, 2 §§ 222 ff.

der Parteikonsens über die „obligation de livrer". Im Zweifel wird also das Eigentumsrecht im Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung übergehen. Die Schöpfer des Code Napoléon erkannten aber, daß sich der Grundsatz der dinglichen Wirkung des Kausalgeschäftes hinsichtlich der Uebereignung von Grund und Boden nur beschränkt durchführen läßt. Ein Mindestmaß an Offenkundigkeit der Liegenschaftsverhältnisse mußte gewährt werden. Daher wurde das Gesetz vom 23. März 1855 „sur la transcription en matière hypothécaire" erlassen. Daraus ergab sich zunächst, daß an dem Grundgedanken der Uebereignung „par l'effet des obigations" nichts geändert wurde. Jedoch in der Wirkung dieser Uebereignung gegenüber Dritten wurde eine Aenderung getroffen, indem man der Transkription des Uebereignungsvertrages erhöhte Bedeutung beilegte. Nach dem Gesetz vom 23. März 1855 erlangt nämlich der Eigentumsübergang von Grundstücken bestimmten Personen gegenüber erst dann Wirksamkeit, wenn er in das Transkriptionsregister eingetragen ist. Zu diesen Personen zählen alle, die ein eingetragenes Grundstücksrecht innehaben. Ihnen gegenüber ist der Eigentumswechsel unwirksam, solange er nicht eingetragen ist. Dagegen kann der entgeltliche Erwerber sein kraft Vertrages erworbenes Eigentumsrecht auch ohne Eintragung den Gläubigern des Veräußers entgegensetzen und allen denjenigen dinglich Berechtigten, die selbst nicht eingetragen sind. Das Grundstück fällt daher auch schon vor der Eintragung in die Konkursmasse des Erwerbers. Die Eigentumsübertragung durch Vertrag ist also in zwei Gesetzen geregelt. Die Wirkung zwischen den Parteien ergibt sich aus dem Code civil, Art. 711, 1138, 1583 usw. zum Teil auch die Wirkung gegenüber Dritten, soweit es sich um „transferts à titre onéreux" handelt. Im übrigen ist die Verlautbarung der Liegenschaftsverhältnisse gegenüber Dritten in dem Gesetz vom 23. März 1855 geregelt. Durch dieses Gesetz sollten die Eigentumsübertragungen von Grund und Boden verlautbart und gesichert werden. Dieses Ziel wurde durch die neue Regelung jedoch nicht erreicht. Die

Reform stellt eine wirkliche Verbesserung nur dar, wenn sämtliche Verträge, die dingliche Wirkung gehabt haben, eingetragen worden sind. Das Register kann nie vollständig werden, da das Eigentumsrecht wie die übrigen dinglichen Rechte kraft des Prinzips der dinglichen Wirkung des Kausalgeschäftes ohne Eintragung begründet werden kann.

Durch das Gesetz vom 24. Juli 1921 wurde die Transkription geändert. Während die Transkription früher in einem Abschreiben der Kausalverträge in ein Register bestand, schafft das Gesetz von 1921 diese Abschreibung ab. Es werden die übereignenden Kausalgeschäfte nicht mehr abgeschrieben, sondern die Abschreibung wird durch eine Hinterlegung und Urkundensammlung beim Hypothekenbewahrer ersetzt. Aber dieses Gesetz hat lediglich formellrechtliche Bedeutung, die materiellrechtlichen Grundsätze der Transkription bleiben unberührt[1]).

In England geschieht heute die Uebertragung von Grundstücken gewöhnlich durch die Ausstellung einer gesiegelten Urkunde (deed). Dieser Vollziehung der Uebertragungsurkunde geht die Willenseinigung der Parteien (contract for sale) voran. Wenn aber der Erwerber eines Rechtes sicher gehen will, daß der Veräußerer zur Verfügung über das Recht befugt ist, so muß er die Berechtigung des Veräußerers nachprüfen (investigation of title). Zu diesem Zweck muß der Veräußerer ein Verzeichnis (abstract of title) über die rechtlichen Schicksale der zu veräußernden Grundstücke aufstellen und die diesbezüglichen Urkunden vorlegen. Die eigentliche Rechtsübertragung folgt dann durch die Vollziehung einer gesiegelten Urkunde. Die Gesetzgebung des Jahres 1925 hat jedoch einen grundsätzlichen Wandel im englischen Liegenschaftsrecht geschaffen. Sie sieht die Schaffung eines Registers vor, in dem sämtliche an einem Grundstück bestehenden Rechte eingetragen werden (registration of title), um dadurch den Grundstücksverkehr zu vereinfachen und zu verbilligen und namentlich die "inve-

1) Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I: Frankreich S. 199 ff., S. 350 ff.; *Zachariä-Crome*, Französ. Zivilrecht S. 327 ff.; *Tancré*, S. 59 ff.

stigation of title" entbehrlich zu machen. Wo dieses Register bereits besteht, ist zur Begründung und Uebertragung des Eigentums und der anderen dinglichen Rechte an Grundstücken die Eintragung erforderlich. Ueber die Eintragung wird ein Auszug aus dem Register (land certificate) erteilt, das bei jeder weiteren Eintragung vorzulegen ist[1]).

Im nordischen Recht geht das Eigentum am Grundstück mit dem Abschluß des obligatorischen Vertrages über. So hat im dänischen Recht die Eintragung (Tinglysning) nur den Zweck, dem Vertrag rechtlichen Schutz gegen Dritte zu gewähren. Im Verhältnis der Parteien untereinander ist der Vertrag ohne Tinglysning gültig. Die Rechtslage ist also hier ähnlich wie im französischen Recht. Die Bedeutung der Tingkundigmachung besteht in ihrer Wirkung nur gegenüber solchen Dritten, die einen Vertrag bezüglich des Grundstücks abschließen oder eine darauf gerichtete Zwangsvollstreckung betreiben. Diesen Dritten gegenüber genießen die Rechte nur dann Schutz, wenn sie tingkundig gemacht sind. Sind sie nicht eingetragen, so können sie durch entgegenstehende Rechte eines Erwerbers oder eines die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers verdrängt werden. Dazu ist aber erforderlich, daß diese letzteren Rechte selbst tingkundig gemacht sind und im Falle eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes, daß der Erwerber gutgläubig ist. Auch im finnischen und schwedischen Recht bedeutet die Einschreibung (Lagfart) eine wesentliche Verbesserung der Rechtsstellung des Erwerbers. Durch den Lagfartsantrag kann sich der Erwerber gegen eine Zwangsvollstreckung wegen einer Schuld des Veräußerers schützen. Sobald der Antrag gestellt ist, kann der Veräußerer nicht mehr über das Grundstück verfügen[2]).

Dieser Ueberblick über die Liegenschaftsübereignung im fremden Recht zeigt im Vergleich zum deutschen Recht

1) Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II: England S. 383 ff.

2) *Kruse*, Das Eigentumsrecht, II. Bd. S. 989 ff.; Zivilgesetze d. Gegenwart Bd. 10: Das Zivilrecht d. nordischen Länder, Finnland u. Schweden S. 24 ff., S. 159 ff.

zwei grundlegende Unterschiede: Alle angeführten fremden Rechtsordnungen knüpfen den Eigentumsübergang irgendwie an den Bestand des obligatorischen Grundgeschäftes an. Sei es nun, daß sie den bloßen Verpflichtungsvertrag mit dinglicher Wirkung ausstatten, oder daß sie noch das Erfordernis der Eintragung verlangen. Das Grundgeschäft ist hier im Gegensatz zum deutschen Recht zum mindesten Bestandteil des Uebereignungstatbestandes, sodaß ein Fehlschlagen der causa Unwirksamkeitsgrund für die Zuwendung ist.

Ein weiterer Unterschied des deutschen Rechtes gegenüber den Rechten anderer Völker zeigt sich in dem Vorhandensein eines dinglichen Vertrages überhaupt. Ob die Beibehaltung einer derartigen Differenzierung des Uebertragungsaktes in verschiedene Glieder (Grundgeschäft, dinglicher Vertrag, Eintragung) sich für eine künftige Bodenordnung empfiehlt, mag dahingestellt bleiben. *Wieacker*[1]) meint, daß eine solche zeitliche Trennung in drei aufeinander folgende Rechtsvorgänge ihre Rechtfertigung in rechtstechnischen Notwendigkeiten findet und keineswegs der natürlichen Anschauung widerspricht.

Die folgende Erörterung setzt sich nur mit der heute vielfach als lebensfremd und rechtspolitisch verfehlt angesehenen Loslösung der Uebereignung von ihrem Rechtsgrund auseinander. Es wird daher der Fortbestand der zeitlichen Trennung des Uebereignungsvorganges, so wie sie das geltende Recht kennt, vorausgesetzt.

c) Geistige und politische Grundlagen des abstrakt-dinglichen Vertrages.

Die Gründe, die die Verfasser des BGB zur Uebernahme des abstrakten Verfügungsgeschäftes veranlaßten, lagen in ihrer Gebundenheit an die Ueberlieferung wie an den Zeitgeist[2]). Während bis zum Ende des 18. Jahrhundert die gemein-

1) Boden S. 114.
2) *Lange*, Boden, Ware und Geld S. 9.

rechtliche Lehre vom titulus und modus acquirendi geherrscht hatte, bewirkte am Anfang des folgenden *Savigny*[1]) durch die Entwicklung des abstrakt-dinglichen Vertrages einen völligen Umschwung in der Anschauung vom Eigentumserwerb. Die Lehre von der kausalen Tradition wurde seit Savigny durch die Annahme des abstrakt-dinglichen Vertrages verdrängt. Die Lehre von der abstrakten Uebereignung findet einen gewissen Ausgangspunkt im römischen Recht, insofern dieses erklärte, daß das Eigentumsrecht nicht durch bloßen Vertrag (nudum pactum) übertragen werde, sondern daß dazu ferner eine Uebertragung (traditio) erforderlich sei. Dies wurde dann in der deutschen Theorie zu einer bewußteren Sonderung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechtsgeschäften ausgestaltet. Die Lehre *Savignys* wurde von den Romanisten aufgegriffen und gelangte rasch zum Siege. So stehen die Gesetzgebungen der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts unter dem Einfluß dieser Lehre. Das sächsische BGB von 1863 und das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 erkannten die abstrakte Uebereignung an.

Im übrigen entsprach die Lehre vom abstrakt-dinglichen Vertrag völlig der Auffassung vom Grundeigentum, wie sie sich im 19. Jahrhundert herausgebildet hatte.

Ein geschichtlicher Rückblick auf das deutsche Liegenschaftsrecht zeigt von jeher die enge Bindung des Bodens an die Gemeinschaft[2]). In der ältesten deutschen Bodenverfassung beruhen die Siedlungsverbände auf gemeinschaftlicher Teilhabe am Boden. Die Bewirtschaftung geschieht in Form einer gebundenen Nutzungs- und Ertragsbeteiligung. An der wirtschaftlichen Struktur der bäuerlichen Bodennutzung änderte sich durch Ausbildung der Grundherrschaft wenig. Ohne Zerstörung des gebundenen Eigentumsaufbaus nutzt sie die Formen konkreter Zuständigkeitsteilung zugleich zu herrschaftlicher und zu wirtschaftlicher Ueberordnung des Bodeneigentums aus. Erst mit dem ausgehenden 18. Jahrhundert setzt eine Umwälzung der gesamten Bodenverfassung

1) *Felgentraeger*, F. C. Savignys Einfluß auf die Uebereignungslehre.
2) *Wieacker*, Wandlungen der Eigentumsverfassung S. 49 ff.

ein. Durch die immer stärker vordringende Eigentumsfreiheitsbewegung wird auch der Boden in den eigentlichen Liegenschaftsverkehr hineingezogen. Wenn auch im städtischen Bodenrecht bereits im späten Mittelalter Grundstücke Gegenstand des Rechtsverkehrs werden, so erhält sich doch der bäuerlich benutzte Boden in seiner gebundenen Form bis zur Bauernbefreiung. Die Bodenbefreiung wird vorbereitet durch die Aufhebung der politischen Rechte der alten Grundherrschaftsstände im absoluten Staat. Durch diese Zerstörung der Gutsherrschaft wurde die Bauernbefreiung eingeleitet. Aber solche Entwicklungen sind immer von geistigen Bewegungen begleitet. Die Freiheitsbewegung wurde weltanschaulich getragen von den Forderungen des Bürgertums, die ihren Ausdruck in der individualistischen Naturrechtstheorie fanden. Der vom Naturrecht entwickelte individualistische Eigentumsbegriff forderte die volle Freiheit des Eigentumsgebrauchs. Auch das Grundeigentum unterstand mithin der unbeschränkten Machtsphäre des Einzelnen. Jedoch darf man nicht vergessen, daß wirtschaftlich gesehen die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts für Deutschland einen außergewöhnlichen Umbruch mit sich brachte. Handel und Industrie nahmen einen raschen Aufstieg. Und nur eine gewisse Beweglichkeit des Grund und Bodens konnte dem schnell aufblühenden Wirtschaftsleben gerecht werden. Der Aufbau der Industrie und der Städte bedingten eine Freizügigkeit des Bodens. Jedoch die Uebersteigerung und Ueberspitzung dieser Tendenz mußte sich verderblich auswirken. So kam es, daß der Boden zu einem leicht veräußerlichen Gegenstand des Rechtsverkehrs wurde und zur Ware herabsank. Der klassische Wirtschaftsliberalismus forderte Freiheit der Güternutzung und des Güterumsatzes. Dem von der naturrechtlichen Doktrin ausgebildeten Begriff des Grundbesitzes als mobilisierter Ware kam ein abstraktes Veräußerungssystem stark entgegen. Die Entwicklung der Wirtschaft, der damit verbundene Grundstückshandel, vor allem die Erkenntnis vom Boden als Beleihungsobjekt, forderten eine größtmögliche Sicherheit des Rechtsverkehrs

auch im Liegenschaftsrecht. Denn bei einem derivativen Eigentumserwerb muß der Erwerber, um seines Rechtes sicher zu sein, den Eigentumserwerb seines Vormannes nachprüfen. Die abstrakte Uebereignung erleichtert nun den Rechtsverkehr insofern, als sich diese Nachprüfung lediglich auf das dingliche Rechtsgeschäft erstreckt. Bei einer kausalen Gestaltung der Uebereignung muß sich diese Nachprüfung dagegen auf den Erwerbsgrund des Rechtsvorgängers erstrecken; denn der Rechtsgrund gehört bei der kausalen Uebereignung mit zum Erwerbstatbestand. Selten haftet aber dem dinglichen Geschäft ein Mangel an, der es vernichten könnte. Gewöhnlich ist es der Rechtsgrund, der den Keim der Zerstörung in sich trägt. Daher ist die Loslösung der Uebereignung von der causa ein Mittel zur Stabilisierung der Rechtsgeschäfte, um sie widerstandsfähiger zu machen.

So schuf das BGB, insofern das gemeine Recht fortsetzend, ein privates Reichsrecht für Liegenschaften, in dem sich die Forderungen der Freizügigkeit und Schrankenlosigkeit des Grundeigentums widerstandslos durchgesetzt hatten. Die starken konkreten Pflichtbindungen, die der Boden niemals ganz abgestreift hat, und die Eingliederung des Sondereigentums in die Aufgabenzusammenhänge des Gesamtraumes der Gemeinschaft blieben den Landesgesetzen, insbesondere dem Verwaltungsrecht der Länder vorbehalten[1]). So sagt *Gierke*[2]) von dem im wesentlichen später zum Gesetz gewordenen Entwurf: „Sobald die Behandlung irgend einer Materie als Sonderrechtsgebiet feststeht, ist sie für den Entwurf nicht mehr in der Welt. Er nimmt überhaupt in keiner Stelle auf sie Rücksicht, entfaltet seine Rechtssätze unbekümmert um das ihnen von dorther drohende Dementi, und überläßt es dem Einführungsgesetz, die erforderlichen Ausnahmen zu verfügen. Offenbar zeichnet so das Gesetzbuch selbst ein vollkommen falsches Bild des wirklich geltenden Rechts. Was soll uns denn dieses glatte gemeine Recht, wenn es sich hinterher als eine doktrinäre Abstraktion

1) *Wieacker*, Boden S. 23.
2) a. a. O. S. 100 ff.

herausstellt, die vor dem Leben nicht zu bestehen vermag? Warum erfahren wir nicht mindestens sofort aus dem Text des Gesetzbuches, welche Einschränkung eine von ihm aufgestellte Regel erleidet? So regelt der Entwurf das Grundeigentum ohne alle Rücksichtnahme auf die Fülle deutschrechtlicher Verhältnisse, welche auch fernerhin hier den römischen Eigentumsbegriff Lügen strafen sollen. Der Entwurf wahrt den Schein, als stehe das romanistische Dogma für alle Zeiten unantastbar fest. Als sei auch für uns an sich der Inhalt des Grundeigentums dem des Eigentums an Fahrnis völlig gleich und dort wie hier bis zu einer ausschließlichen und absoluten Herrschaft über den Sachkörper ausgeweitet. Als sei nun gar die ungleiche Bestimmung des Inhalts des Privateigentums der geschichtlichen oder natürlichen Unterschiede der Grundstücke ohne jede prinzipielle Bedeutung".

So ist das Liegenschaftsrecht des BGB der Sitz eines rein privatrechtlich aufgefaßten Grundstücksrechtes mit einem zugespitzten individualistischen Eigentumsbegriff, und daher tatsächlich nur das Recht des Grundstücksverkehrs und des Liegenschaftsmarktes. Daher sind die Vorbehalte zugunsten des Landesrechtes nirgend erheblicher als hier, denn ihm waren nicht nur das gesamte öffentliche Bodenrecht, sondern auch die zahlreichen deutschen Bodennutzungsformen vorbehalten, die das Reichsrecht, um seine logischen Fäden ungestört abspinnen zu können [1]), nicht aufgenommen hatte [2]).

II. Das neue deutsche Bodenrecht.

a) Die neue Bodengesetzgebung.

Heute ist eine neue Auffassung des Bodeneigentums zum Siege gelangt. Diese Wandlung des Eigentumsbegriffs zeigt sich in der Gesetzgebung der letzten Jahre. Die Erkenntnis von der großen Bedeutung des Bodens als die nach den Menschen des Volkes wichtigste Grundlage des völkischen

1) *Gierke* S. 101.
2) *Wieacker*, Boden S. 23.

Lebens hat sich durchgesetzt. Bei dieser gesteigerten Bedeutung des Bodens ist es aber für den Staat wesentlich, von wem und wie über den Boden verfügt wird. Daher ist es die Tendenz der neueren Bodengesetzgebung, den Boden aus dem freizügigen Liegenschaftsverkehr herauszunehmen.

Diese neue Auffassung findet ihren deutlichsten Ausdruck im Erbhofgesetz. Der Hof ist als wirtschaftliche und seelische Kraftquelle des Bauerntums die Grundlage des Bauerntums. Er muß mit der bäuerlichen Familie fest verbunden und ihr rechtlich gesichert werden. Der Bauernhof ist zweckgebundenes Eigentum und darf daher nicht veräußert, zerstückelt und belastet werden [1]). Wegen der starken Bindung des Hofes an die Sippe hat der Gesetzgeber die Erbhöfe aus dem rechtsgeschäftlichen Verkehr herausgenommen und damit die freie Veräußerlichkeit eingeschränkt.

Der landwirtschaftlich genutzte Boden, der nicht dem Erbhofgesetz unterliegt, ist grundsätzlich frei veräußerlich. Aber auch hier erfolgte eine stärkere Bindung des freien Liegenschaftsmarktes im Interesse der Ernährungswirtschaft und einer gerechten Besitzverteilung. Gemäß der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 26. Januar 1937 bedarf jede Veräußerung der Genehmigung der staatlichen Verwaltungsbehörde, die nur unter solchen Voraussetzungen erteilt wird, die die Gewähr für eine landwirtschaftliche Nutzung und eine gerechte Bodenverteilung bieten.

Stärksten Bindungen ist die Eigentumsnutzung an forstwirtschaftlich genutztem Privateigentum unterworfen, vor allem durch das Waldverwüstungsgesetz vom 13. September 1934. Das Ziel dieser Gesetze ist eine einheitliche Waldbewirtschaftung von Staatsforsten und Privatwäldern, innerhalb deren sich Privatwaldungen von staatlichen lediglich durch die Sondernutzung des Eigentümers am Holzertrag abheben [2]).

1) *Stoll* S. 19.
2) *Wieacker*, Boden S. 28.

So hat sich für den landwirtschaftlich genutzten Boden die neue Auffassung einer größeren Pflichtbindung schon zu vollem gesetzgeberischen Ausdruck entwickelt. Aber die Entwicklung zeigt auch eine stärkere Bindung des städtischen Grundeigentums. Städtisches Bauland, dem für den planmäßigen Ausbau der städtischen Siedlung erhöhte Bedeutung zukommt, ist durch eine Anzahl neuerer Bebauungsgesetze teils tatsächlichen Nutzungsbindungen, teils rechtlichen Verfügungsbindungen unterworfen worden.

Das Gesetz über Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen vom 14. Juli 1933 sieht zu diesem Zweck die entschädigungslose Abtretung von Bauland vor. Eine zuletzt durch Gesetz vom 7. April 1937 bis 1939 verlängerte Notverordnung von 1931 unterwirft die Eigentümer von Bauland ausdrücklich entschädigungslosen Bebauungs- und Nutzungsbeschränkungen. Das Gesetz über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. September 1933 unterwirft die rechtliche Verfügung über Wohnsiedlungsland der Genehmigung der Verwaltungsbehörde[1]).

b) Die Wandlung in der Auffassung vom Boden.

Diese nur beispielhafte Anführung der neuen Bodengesetzgebung zeigt eine größere Bindung des Bodens und seine Erfassung als von ihrem Nutzungszweck bestimmte natürliche Ordnung. Damit ist eine Aufgliederung des Eigentums als bisher einheitlichem juristischen Begriffszusammenhang verbunden. Werden hier neue Differenzierungen vorgenommen, so handelt es sich jedoch nicht darum, im theoretischen Denken zweckmäßigere und systematisch richtigere Begriffszusammenfassungen aufzufinden[2]). Das neue Bodenrecht will die Gestaltungsformen als konkrete Gliederungen erfassen. Diese Betrachtungsweise führt zu einer Aufsplitterung der logischen Einheitlichkeit des bisherigen Sachenrechts. Allein diese Zersplitterung trifft nur

1) *Wieacker*, Boden S. 29.
2) *Wieacker*, Deutsches Recht 1935 S. 496 ff.

die logische Scheineinheit des im 19. Jahrhundert durch eine große gedankliche Leistung aufgebauten Privatrechtsystems. Wer neu durchprüft, welchen Einfluß die Mannigfaltigkeit der Funktionen des Eigentums in einzelnen völkischen Ordnungskreisen auf rechtstechnische Einzelheiten hat, greift nicht die Einheit des Eigentums als einer der Grundlagen der völkischen Wirtschaftsverfassung an, sondern dieses System, das in seiner Ausbildung die deutsche Güterverfassung nicht mehr deckt[1]). Das neue Bodenrecht kann nicht schematisch und abstrakt sein wie das Grundstücksrecht des BGB, weil es den Boden nicht als beliebige Sache, sondern in seiner wirklichen Gestalt als natürliche Ordnung erfaßt. Darum hat die neue Gesetzgebung mit Recht in verschiedenen Gesetzen das Recht des ländlichen Bodens und das Recht der städtischen Siedlung geordnet. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um Einzelmaßnahmen oder Sondergesetze, sondern um den in seiner Anlage und seinem Ziel einheitlichen Aufbau eines neuen Bodenrechts[2]). Man sieht heute hinter der Vielheit einzelner Grundstücke in privater Sondernutzung den gesamten Bodenraum als Grundlage des völkischen Lebens. Das Sondereigentum an einem Grundstück ist daher nicht mehr grundsätzlich unbeschränkte Herrschaftsmacht über ein Stück Boden, sondern eine mit Befugnissen und Pflichten ausgestattete Rechtsstellung eines Volksgenossen am Boden, deren Anerkennung und Schutz auf der Wahrung einer für das Volk wichtigen Lebensaufgabe durch den Eigentümer beruhen[3]). Die neue Bodengesetzgebung erfaßt den Boden als konkrete Ordnung und sieht nicht das einzelne Grundstück als Rechtseinheit an, sondern die Nutzungsform einer bestimmten Kategorie des Bodens bildet die Grundlage für eine Rechtseinheit.

Angesichts dieser Entwicklung taucht die Frage auf, welche Bedeutung dem Grundstücksrecht des BGB in Zukunft

1) *Wieacker*, Deutsche Rechtswissensch. 1936 S. 193 ff.
2) *Busse*, Ztschr. d. Akademie f. dtsch. Recht 1937 S. 427 ff.
3) *Wieacker*, Boden S. 26.

noch zukommen wird — und damit einem allgemeinen Veräußerungssystem — mag es nun abstrakt oder kausal gestaltet sein. Der Bedeutungswandel des Bodens vom individualistischen Privateigentum zum gemeinschafts- und pflichtgebundenen Sondereigentum ist an sich keine Einschränkung des Eigentums als solchem, sondern ein einschneidender Begründungswandel. Solange aber das Privateigentum an einzelnen Grundstücken bestehen bleibt, so lange muß dieses Grundstück von der Rechtsordnung irgendwie erfaßbar sein. Der Boden wird aber trotz seiner größeren Bindung nie völlig dem Rechtsverkehr entzogen werden können. Infolgedessen wird es nötig sein, gerade für die Veräußerung allgemeingültige Normen aufzustellen, die für alle einzelnen Bodenordnungen ihre Bedeutung haben. *Busse*[1]) behauptet zwar, es könnte nicht durch ein außerhalb der besonderen Bodenordnungen aufgerichtetes System eine Einheit des Bodenrechts begründet werden, gibt aber zu, daß das Grundstücksrecht des BGB allenfalls eine äußere Klammer bilden könnte. Allgemein gültige Normen für die rechtsgeschäftliche Uebertragung von Liegenschaften werden also auch im künftigen Bodenrecht ihre Bedeutung haben. Aufgabe dieser Arbeit soll es nun sein, unter Berücksichtigung der dem Boden zukommenden gesteigerten Bedeutung die Möglichkeit eines kausalen Veräußerungssystems aufzuzeigen.

III. Kritik des abstrakt-dinglichen Vertrages vom Standpunkt einer kausalen Uebereignung.

Durch die scharfe Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft wird dem Veräußerer im Falle der Fehlerhaftigkeit des Rechtsgrundes lediglich die condictio als Ausgleich gewährt. Es mag zunächst unbeachtlich erscheinen, ob der Veräußerer vindizieren oder nur kondizieren kann. Doch ist gerade dieser nur obligatorische Rückforderungs-

1) Ztschr. f. d. ges. Staatswissensch. 1938, 98. Bd. S. 500.

anspruch von jeher der Ausgangspunkt für eine lebhafte Kritik des abstrakt-dinglichen Vertrages gewesen. Denn die obligatorische Natur des Bereicherungsanspruchs bringt oft große Härten für den Veräußerer mit sich.

Je stärker der Gegensatz des dinglichen und obligatorischen Rechts sich praktisch geltend macht, desto mehr weicht das entgültige Ergebnis von den Forderungen der natürlichen Auffassung des Verkehrs ab. Wenn sich also trotz Mangelhaftigkeit des Grundgeschäfts die dingliche Rechtsänderung vollzogen hat, so sind unter dem entgültigen Ergebnis die praktischen Konsequenzen zu verstehen, die sich aus der obligatorischen Natur des Herausgabeanspruchs ergeben[1]). Zwar geht auch der Anspruch aus der grundlosen Bereicherung zunächst nicht auf Geldleistung, sondern auf Herausgabe gerade des Empfangenen. Auch bei den Bereicherungsansprüchen gilt das Prinzip der Naturalrestitution wie beim Schadensersatz[2])[3]). Der grundlos Bereicherte hat also das herauszugeben, was er auf Kosten des Anspruchsberechtigten erlangt. Wenn er das Eigentum an einer Sache erlangt hat, muß er es zurückübertragen. Zu dem, was er auf Kosten des anderen erlangt hat, gehören auch die Nutzungen, die er aus dem erlangten Gegenstand gezogen hat, sowie dasjenige, was er auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung und Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben hat (§ 818 Abs. 2 BGB). Jedoch hat er alles dies nur insoweit herauszugeben, als er noch im Zeitpunkt der Geltendmachung spätestens der Rechtshängigkeit des Anspruchs bereichert ist. Er ist nicht mehr bereichert, wenn er das Erlangte ohne Gegenleistung fortgegeben, es verbraucht oder vernichtet hat, oder wenn es mit oder ohne sein Verschulden untergegangen oder ihm abhanden ge-

---

1) *Kriegsmann* a. a. O. S. 113.

2) *Heck*, Schuldrecht § 143.

3) „Aehnlich wie beim Schadensersatz (§ 249), geht das Gesetz von der Naturalrückgewähr aus, indem es die Herausgabe des Erlangten vorschreibt". RGRKomm. § 818, 1.

kommen ist, falls er keinen Ersatz dafür erlangt hat und auch nichts erspart hat, was er sonst aufgewendet hätte[1]). In dem Normalfall der Haftung liegt also eine sehr milde Verpflichtung vor, eine typische Abgabepflicht. Der Schuldner soll nur herausgeben, was er tatsächlich erlangt hat. Für Verringerung des Erlangten wird nicht gehaftet. Der Empfänger ist nicht zur Sorgfalt verpflichtet, und es besteht deshalb keine Haftung für Verschulden[2]). Die Frage der Bereicherung ist wirtschaftlicher Natur und ist zu beantworten nach dem Ergebnis einer Vergleichung des Vermögensstandes des Herausgabepflichtigen zur Zeit des Empfanges der Leistung und der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs. Maßgebend ist diejenige Gestaltung der Vermögenslage, welche sich in einem ursächlichen, nicht unterbrochenen Zusammenhang, aus der ursprünglichen Leistung heraus entwickelt hat[3]). Die Herausgabepflicht des Bereicherten darf, sofern nicht etwa die erschwerenden Umstände der §§ 818, IV, 819, 820 BGB vorliegen, keinesfalls zu einer Verminderung des Vermögens des Bereicherten über den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung hinaus führen[4]). Der Gedanke des Gesetzes ist der, daß der Empfänger durch die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung keinen Vorteil, aber auch keinen Schaden haben soll[5]). Diese für den Empfänger im Falle seiner Gutgläubigkeit vielleicht gerecht erscheinende Milderung der Haftung kann im Einzelfall für den Veräußerer große Härten mit sich bringen. Diese werden umso lebhafter als ungerecht empfunden, je stärker der Geber an der Sache selbst interessiert ist, also bei einer individuell bestimmten Sache mehr als bei Fungibilien, und andererseits je unsicherer die Durchsetzung dieses obligatorischen Bereicherungsanspruches

---

1) *Larenz*, Vertrag und Unrecht II, S. 121.

2) *Heck*, Schuldrecht § 143.

3) RGRKomm. § 818, 7.

4) RGZ 118, 187.

5) RGRKomm. § 818, 7, 1.

ist[1]). Am deutlichsten tritt das beim Konkurs des Erwerbers hervor. Die sine causa übereignete Sache fällt dann als ihm gehörig in die Masse. Dem Veräußerer steht, da er ja nur obligatorisch berechtigt ist, kein Aussonderungsrecht zu. Sie ist ihm endgültig verloren; er kann nur als Konkursgläubiger auftreten und muß sich mit derselben Wertquote wie die übrigen Gläubiger begnügen. Ebensowenig kann der Veräußerer Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben, wenn die Sache beim Erwerber gepfändet wird; der § 771 ZPO greift hier nicht durch. Die sich hieraus ergebenden Härten für den Veräußerer sind auch von den Anhängern des Abstraktheitsprinzips nicht verkannt worden[2]). Zur Abwehr dieser Folgen wurde erwogen, allen Kondiktionsberechtigten im Konkurse ein Aussonderungsrecht zu geben. Da dies jedoch zu weitgehenden Eingriffen in das Konkursrecht geführt haben würde, wurde dieser Vorschlag abgelehnt[3]). Indes versucht *v. Tuhr*[4]) als einer der eifrigsten Anhänger des abstrakt-dinglichen Vertrages die hierin liegende Unbilligkeit durch die Erwägung zu mildern, daß der Veräußerer durch seinen oft auf Nachlässigkeit beruhenden Irrtum die Situation herbeigeführt hat, aus welcher ihm das Gesetz den Ausweg der Rückforderung eröffnet. Man könne der Ansicht sein, daß er keinen stärkeren Schutz verdient als die übrigen Gläubiger, welche, ohne einen Irrtum begangen zu haben, durch den Vermögensverfall des Schuldners zu Schaden kommen.

In allen Fällen bietet hier eine kausale Gestaltung für den Veräußerer einen besseren Schutz. Durch die Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der richtigen Beschaffenheit des Rechtsgrundes werden grundlose Eigentumsverschiebungen vermieden. Der Veräußerer ist nicht den Gefahren der Beschränkung, der Bereicherungshaftung bei Gutgläubigkeit des Bereicherungsschuldners ausgesetzt und

1) *Kriegsmann* a. a. O. S. 113.
2) *v. Tuhr*, Allg. Teil 3, S. 111.
3) *Heck*, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft S. 19.
4) in Ztschr. f. Schweizer Recht, Bd. 62 S. 68 Anm. 82.

kann im Konkurs des Erwerbers als dinglich Berechtigter aussondern und gegen eine Zwangsvollstreckung intervenieren.

Weiterhin bedeutet der obligatorische Bereicherungsanspruch für den Veräußerer dadurch eine große Härte, daß er als schuldrechtlicher Anspruch gegen Dritte grundsätzlich nicht gegeben ist. Bei Weitergabe der Sache durch den Erwerber wird der Anspruch des Veräußerers lediglich auf einen Wertersatz beschränkt, und auch dieser Wertersatz unterliegt der Beschränkung der Bereicherungshaftung bei Gutgläubigkeit des Ersterwerbers und ist ausgeschlossen, insoweit dieser nicht mehr bereichert ist. Nur ausnahmsweise ist der unentgeltlich erwerbende Dritte, aber auch nur unter sehr beschränkten Voraussetzungen (§ 822 BGB), passiv legitimiert[1]).

Auch wenn man das Strafrecht und Strafprozeßrecht heranzieht, ergibt sich aus der abstrakten Gestaltung eine Benachteiligung für den Veräußerer. So begeht der hinsichtlich der Gültigkeit des Kausalgeschäfts unredliche Erwerber bei Weiterveräußerung der Sache nicht ohne weiteres eine Unterschlagung, da er als Eigentümer verfügt. Im Strafprozeß würde eine kausale Gestaltung den Veräußerer gegen die Einziehung der producta und instrumenta sceleris schützen[2]).

Diese Zusammenstellung läßt erkennen, daß das Abstraktheitsprinzip den Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs den Interessen des Veräußerers vielfach voranstellt. Die abstrakte Eigentumsübertragung zielt auf den Schutz des Erwerbers und dessen Gläubiger ab, sie dient damit der Verkehrserleichterung. Darum wird die Abstraktion für das Handelsrecht immer ihre Bedeutung behalten. Im Handelsverkehr ist eine möglichst rasche und klare Abwicklung der Geschäfte notwendig; hier ist dem Erwerber nicht zuzumuten, daß er das Risiko der Gültigkeit des Uebertragungsgeschäftes bei der Veräußerung trägt. Auf der anderen Seite mag es im Interesse der Umsatzsteigerung

1) RGRKomm. § 822, 3.

2) *Heck*, Das abstrakte dingliche Rechtsgesch. S. 18.

des Verkäufers liegen, dafür eine Schlechterstellung durch den Abstraktheitsgrundsatz in Kauf zu nehmen. Aber der Boden ist keine Handelsware, die am raschen Umsatzverkehr teilnimmt. Die Tendenz der neuen Bodengesetzgebung geht dahin, den Liegenschaftsverkehr nach Möglichkeit einer staatlichen Lenkung zu unterwerfen und durch eine weitgehende Genehmigungspflicht zu überwachen[1]). Der Abstraktheitsgrundsatz hat aber damit für das Liegenschaftsrecht an Bedeutung verloren. Vor allem würden die durch seine Beibehaltung möglichen Vorteile einer Verkehrserleichterung zu teuer erkauft sein gegenüber den oben geschilderten Nachteilen.

Der dem Abstraktheitsprinzip nachgerühmte Verkehrsschutz äußert sich im Liegenschaftsrecht im wesentlichen darin, daß eine größtmögliche Uebereinstimmung von Rechtsschein und Rechtswirklichkeit erzielt wird. Eine kausale Gestaltung würde hier zweifellos die Fälle der Unrichtigkeit des Buches vermehren und dadurch einen Nachteil für den Rechtsverkehr bedeuten. Daher würde die abstrakte Gestaltung für eine Rechtsordnung, die keine Vorschriften zum Schutze des gutgläubigen Erwerbs kennt, ein nicht zu unterschätzender Vorteil sein. Aber die Abstraktion ist nicht das einzige Mittel zur Gewährung des Verkehrsschutzes. Das deutsche Recht hat durch die Anerkennung des Erwerbs vom Nichtberechtigten den Rechtsverkehr vollkommener geschützt, als dies mit Hilfe der Abstraktion geschehen kann. Der Schutz Dritter wird hier auf direktem Wege erreicht und braucht nicht auf dem Umweg über die künstliche Trennung von Uebereignuug und Rechtsgrund verwirklicht zu werden. Man hat also die Möglichkeit, einen ausreichenden Verkehrsschutz vom öffentlichen Glauben her zu gewinnen. Selbst *v. Tuhr*[2]) muß zugeben, daß mit dem Aufkommen des gutgläubigen Erwerbs die abstrakte Beschaffenheit der Uebereignung aufgehört hat, eine Notwendigkeit des Verkehrslebens zu sein. Der öffentliche Glaube schützt allerdings nur solche Dritte, die

1) vgl. oben S. 19 ff.

2) Ztschr. f. Schweizer Recht Bd. 62 S. 42.

auf die Rechtslage vertraut haben, so wie sie sich ihnen darstellte. Zwischen den Parteien hat der öffentliche Glaube keinerlei Sinn. Aber im Verhältnis der unmittelbar Verfügungsbeteiligten besteht auch kein ausreichender Grund, den kausalosen Erwerb zu schützen. Denn die Interessen des Erwerbers und dessen Gläubiger sind nicht höher zu bewerten als die des Veräußerers. Ebenfalls verdient ein bösgläubiger Rechtsnachfolger, der weiß, daß er vom Nichtberechtigten erwirbt, keinen Schutz.

IV. Der abstrakt-dingliche Vertrag de lege lata.

Die abstrakte Beschaffenheit des dinglichen Vertrages bis zur äußersten Konsequenz durchgeführt, kann unter Umständen zu großen Härten für den Veräußerer führen. Daher haben Wissenschaft und Rechtsprechung die verschiedensten Wege eingeschlagen, um der causa doch zu ihrem Recht zu verhelfen, und so eine Abschwächung des Abstraktionsprinzips zugunsten des Veräußerers im Einzelfall herbeizuführen. Als besonders ungerecht wird die Abstraktion dann empfunden, wenn Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in einem einheitlichen Akt zusammenfallen. Bei Fällen dieser Art erscheint es unverständlich, wenn trotz Mangelhaftigkeit des Grundgeschäfts die dingliche Rechtsänderung eintritt. Hier hat man vielfach bei Mangelhaftigkeit des Kausalgeschäftes Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft als ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB angesehen. Faßt man die Uebereignung mit ihrem Kausalgeschäft als ein Rechtsgeschäft i. S. dieser Bestimmung auf, so hat die Nichtigkeit des Grundgeschäftes ohne weiteres die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, daß letztere auch ohne den Rechtsgrund vorgenommen sein würde. Daraus ergibt sich, daß die geschilderte Einheit der Geschäfte von den Parteien in ihr rechtliches Wollen aufgenommen worden sein muß. Die Wissenschaft steht überwiegend auf dem Standpunkt, daß das Verhältnis zwischen Uebereignung und Kausalgeschäft

in diesen Fällen der Beurteilung gemäß § 139 BGB unterliege[1][2]).

Im einzelnen auf den Streit für und gegen die Anwendbarkeit des § 139 BGB einzugehen, würde den Rahmen der Aufgabe überschreiten. Die Literatur beruft sich meist zur Begründung, daß das Verhältnis von Uebereignung und Kausalgeschäft nach § 139 BGB beurteilt werden könne, in weitem Umfang auf die Rechtsprechung, insbesondere des RG. *Breyhan*[3]) weist dagegen an Hand einer Zusammenstellung zu diesem Punkt nach, daß diese Ansicht sich nur durch eine unklare Auswertung der Entscheidungen der Rechtsprechung herausbilden konnte. Seine Prüfung der in Frage kommenden Entscheidungen ergibt vielmehr, daß die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf das Verhältnis von Uebereignung und Kausalgeschäft grundsätzlich ablehnt. Für die Ansicht, daß das Verhältnis von Uebereignung zum Kausalgeschäft nach § 139 zu beurteilen sei, lassen sich tatsächlich nur zwei RG-Entscheidungen anführen, die beide den Fall der Zession betreffen[4]).

Da auf die dingliche Einigung als Rechtsgeschäft die Vorschriften des Allgemeinen Teils (§§ 104—185 BGB) grundsätzlich anwendbar sind, so ist es möglich, daß solche Mängel, die dem Kausalgeschäft anhaften, auch die Uebereignung zu Fall bringen können, da sie für diese in gleicher Weise gelten. Will man hier von Abhängigkeit sprechen, so kann es nur im Sinne einer indirekten sein, insofern

---

1) „Möglich ist, daß die Parteien die Abhängigkeit des Vollzugsgeschäftes vom Grundgeschäft gewollt haben und liegt das erweislich vor, dann hat die Nichtigkeit des letzteren Geschäfts auch die des Leistungsgeschäfts zur Folge". RGRKomm. § 139, 2. — „Bei tatsächlicher Verbindung in einem einheitlichen Tatbestand ist eine sinngemäße Anwendung des § 139 angebracht". *Oertmann*, § 139, 2b; *Staudinger-Riezler*, Einl. V, E 2g zu §§ 104 ff. *Enneccerus/Lehmann*, § 189 IV, 1.

2) Dagegen spricht sich *Planck-Strecker* § 873, 5b in seiner neusten Auflage gegen die Anwendbarkeit des § 139 aus. Ebenfalls *Biermann*, Sachenr. S. 4; *Marcuse*, Gruchots Beitr. 66, 159 ff.

3) S. 81 ff.

4) so *Breyhan*, S. 81 ff; RGZ 70, 88; 79, 182.

sie auf dem Umweg über die beide Geschäfte verbindenden Tatsachen erzielt wird[1]). Die Vermengung dieses Problems der Erstreckung von Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründen mit der Anwendbarkeit des § 139 BGB hat einige Unklarheiten herbeigeführt. Nur so ist es zu erklären, daß der RGR-Kommentar[2]) und *Staudinger*[3]) die Entscheidung RGZ 78,41 für, und *Wolff*[4]) gegen die Anwendbarkeit des § 139 anführen. Es heißt in dieser Entscheidung, daß die Frage, ob die Auflassung als dingliche Rechtsänderung unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft gewollt ist, und sonach gemäß § 139 Bestand hat, vorwiegend auf tatsächlichem Gebiet liege. Sofern die Nichtigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts nicht in Willensmängeln oder im Vertragsinhalt ihren Grund hat, die in der Regel auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft hinüberwirken werden, sondern lediglich in Formmängeln, die den Willen an sich nicht beeinflussen, wird die Feststellung eines vom Kausalgeschäft unabhängigen Willens für das Erfüllungsgeschäft keinen erheblichen Bedenken unterliegen. Das Gericht weicht hier einer grundsätzlichen Stellungnahme aus, *Breyhan*[5]) sieht jedoch auch hierin keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips, sondern einen Fall der Erstreckung von Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründen auf das dingliche Rechtsgeschäft.

Eine weitere Möglichkeit, das Schicksal des dinglichen Geschäfts mit dem des obligatorischen zu verknüpfen ist die Anwendung des § 138 BGB auch auf das Erfüllungsgeschäft. Das RG geht in dieser Frage davon aus, daß durch das Abstraktionsprinzip der Inhalt des Uebereignungsgeschäftes derartig indifferent festgelegt sei, daß es im Falle der Unsittlichkeit des Kausalgeschäftes selbst regelmäßig nicht mit § 138 BGB zu erfassen sei. Diese Trennung von Grund-

1) *Breyhan* S. 28.
2) RGRKomm. § 139, 2.
3) Einleitung §§ 104 ff. V E 2 g.
4) § 38 II 4 Anm. 16.
5) S. 85.

geschäft und Erfüllungsgeschäft hat das RG in ständiger Rechtsprechung unter Zustimmung des weit überwiegenden Schrifttums[1]) durchgeführt, insbesondere bei den mit dem Bordellkauf und der Bordellhypothek verknüpften Fragen[2]). Als Kernpunkte für seine Auffassung, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft seinem Inhalte nach nicht unsittlich sein könne, bezeichnet das RG das Verhältnis des § 138, I zu Abs. II, sowie § 817 zu § 138, da sich aus § 817 die Richtigkeit der Auffassung von der Unberührtheit des dinglichen Geschäftes von der dem Grundgeschäft anhaftenden Sittenwidrigkeit ergebe. Denn wenn die Gesetzgebung in § 817 trotz Sittenwidrigkeit nur einen schuldrechtlichen Ausgleich gewähre, so müsse hierfür maßgebend gewesen sein, daß die Erfüllung ein getrenntes Schiksal führe, da sonst für die Aufstellung einer derartigen Vorschrift kein Raum, vielmehr in allen Fällen der Sittenwidrigkeit die Eigentumsklage zuständig gewesen wäre. In beiläufigen Bemerkungen wird aber auch von der Unwirksamkeit der Verfügung wegen Unsittlichkeit gesprochen[3]). Im Schrifttum wird dieser letztere Grundsatz ebenfalls vertreten[4]). *Heck*[5]) befürwortet die Anwendbarkeit der Sittenklausel auch auf das dingliche Rechtsgeschäft, denn der Staat habe den sittenwidrigen Verkehr nicht zu fördern, sondern zu bekämpfen.

Als Spezialfall des unsittlichen Geschäfts behandelt das BGB in § 138, II den Wucher. Das RG weist bei der Behandlung dieser Frage immer wieder darauf hin, daß das Gesetz beim Wucher in § 138, II durch den ausdrücklichen Wortlaut „versprechen und gewähren" sowohl das Grundgeschäft als das Erfüllungsgeschäft ausnahmsweise anders als im Abs. I für nichtig erklärt hat[6]).

---

1) RGRKomm. § 138, 1.

2) RGZ 75, 74 u. RGZ 78, 284.

3) RGZ 78, 48.

4) RGRKomm. § 125, 10; *Dernburg*, II, 1, 199; *Rumpf*, Arch. ziv. Prax. 117, 315.

5) Das abstrakt-dingliche Rechtsgesch. S. 41.

6) RGZ 109, 201.

Ein weiteres Mittel, die causa in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Uebereignung zu bringen, besteht darin, daß man die Gültigkeit des Grundgeschäfts zur Bedingung des Erfüllungsgeschäftes macht. Diese Möglichkeit besteht aber wegen § 925, II BGB nur hinsichtlich der Fahrnisübereignung.

Aus diesen Lösungsversuchen kann man das Bemühen der Praxis und der Wissenschaft erkennen, über eine schroffe Trennung der beiden wirtschaftlich zusammengehörigen Teile des Umsatzgeschäftes in geeigneten Fällen hinwegzukommen. Dieser kurze Ueberblick hat jedoch gezeigt, daß die Ansichten in dieser Frage sehr stark auseinander gehen. Daher können diese Fälle nicht als Grund gegen eine abstrakte Gestaltung angeführt werden. Aber keineswegs können sie de lege ferenda zugunsten der abstrakten Gestaltung ins Gewicht fallen [1]).

V. Liegenschaftsverkehr und Grundbuch.

a) Der Zweck des Grundbuchs.

Das deutsche Liegenschaftsrecht setzt die Einrichtung eines Grundbuchs voraus. Die moderne Wirtschaftsordnung verlangt, daß der Bestand und Wandel der Dinge im Rechte äußerlich wahrnehmbar zutage trete. Es liegt im Wesen der dinglichen Rechte, als Rechte gegenüber allen Personen, daß sie bis zu einem gewissen Grade in die äußere Erscheinung treten und für alle sichtbar sein müssen. Denn das dingliche Recht ist eine unmittelbare Raumbeziehung, die für und gegen alle anderen Rechtsgenossen eine objektivverbindliche Friedensordnung setzt und daher kundbar sein muß [2]). Anders als bei Fahrnis, genügt bei Grundstücken die bloße äußere Sachherrschaft, der Besitz, noch nicht, um den an ihnen bestehenden Rechten die gewünschte Oeffentlichkeit zu verleihen. Denn bei Grundstücken treten uns die tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse nicht so offensichtlich

1) *Heck*, Das abstrakte dingl. Rechtsgesch. S. 40.
2) *Wieacker*, Boden S. 113.

und eindeutig entgegen. Außerdem würde der Grundstücksbesitz zum Rechtsausweis nicht genügen, denn er kann statt auf Eigentum auch auf Nießbrauch, Pacht und Miete deuten. Andererseits ist der Hypothekengläubiger niemals Besitzer. Daher bedarf es für die Bekundung des Liegenschaftsrechts eines besonderen Rechtszeichens, des Grundbuchs.

Obwohl das Grundbuch in seiner heutigen technischen Gestalt eine Schöpfung des ausgehenden 19. Jahrhunderts ist, so ist es doch von allen Einrichtungen unseres bürgerlichen Rechtes am wenigsten einer ablehnenden Kritik ausgesetzt. Das mag seinen Grund darin haben, daß es romanistischer Herkunft unverdächtig ist und in seinem Kern das Ergebnis einer jahrhundertlangen, selbst durch die Rezeption nicht abgerissenen, sondern nur ins Partikularrecht eingezwängten Entwicklung ist[1]).

Der unmittelbare rechtstechnische Zweck des Grundbuchs ist die dauernde Sichtbarmachung der liegenschaftsrechtlichen Rechtsverhältnisse. Die Motive[2]) stellen es in ihrer Begründung des Grundbuchsystems in erster Linie auf die Sicherung des Rechtsverkehrs ab. Durch die Bucheinrichtung ist die Erkennbarkeit des Rechtszustands jedes einzelnen Grundstücks gewährleistet. Wo solche fehle, bestehe die Gefahr, dass jemand, der einen Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks geschlossen oder ein solches beliehen habe, durch ihm unbekannte ältere Rechte geschädigt werden könne. Diese Gefahr mindere die Neigung zum Erwerb und zur Beleihung von Grundstücken und erschwere den Abschluss von Veräusserungs- und Kreditgeschäften. Diese Betonung des privatwirtschaftlichen Interesses entspricht ganz der individualistischen Grundhaltung der Entstehungszeit des BGB. Wenn auch heute diese einseitige und ausschliessliche Begründung der Sicherheit des liegenschaftlichen Rechtsverkehrs allein nicht die Beibehaltung des Grundbuchsystems rechtfertigt, so kommt andererseits die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht bloss

1) *Locher* a. a. O. S. 42.
2) Bd. III S. 16 ff.

dem Grundstücksspekulanten und dem Hypothekenhändler zugute, sondern auch dem ernsthaften Dauererwerber einer Liegenschaft und dem soliden Realkredit[1]).

Die künftige Bodenverfassung wird zwar das einzelne Grundstück als rechtstechnische Einheit beibehalten, aber in ihm nicht so sehr das privatwirtschaftlich wertvolle Veräusserungs- und Beleihungsobjekt sehen, als vielmehr ein einer bestimmten Aufgabe im Leben der Nation dienendes Teilstück des deutschen Bodens. Demgemäss steht nicht das einzelne Liegenschaftsrecht im Vordergrund, sondern vielmehr ein verpflichtendes Teilhabendürfen an der völkischen Funktion des deutschen Bodens. Aber gerade, wenn man in der privaten Liegenschaftsberechtigung in besonderem Masse eine öffentliche Funktion, ein treuhänderisches Verwaltendürfen nationalen Gutes erblickt, besteht an der dauernden Sichtbarmachung der persönlichen Zuständigkeit ein öffentliches Interesse. Von hier aus gewinnt die unmittelbar im Allgemeininteresse verwurzelte, in diesem Sinne öffentlich-rechtliche Begründung der Sichtbarmachung der Liegenschaftsrechte neben der privatrechtlichen Rechtfertigung mit dem Sicherheitsinteresse des Rechtsverkehrs entscheidende Bedeutung und rechtfertigt auch aus diesem Grunde die Beibehaltung des Grundbuchs[2]).

b) Eintragungsprinzip.

Die Beziehungen, die zwischen dem Grundbuch und dem Liegenschaftsrecht bestehen, bezeichnet man als materielles Grundbuchrecht. Diese Beziehungen sollen unter Berücksichtigung einer kausalen Gestaltung der Uebereignung Gegenstand der folgenden Erörterung sein.

Im deutschen Rechte bedarf es zur rechtsgeschäftlichen Uebertragung von Liegenschaftsrechten der Einigung und Eintragung ins Grundbuch. Die Eintragung ist also ein

1) *Locher* a. a. O. S. 43.
2) *Locher* a. a. O. S. 44.

Erfordernis, nicht aber das einzige Erfordernis zum Eigentumserwerb. Es ist vielfach die Ansicht vertreten worden, dass der abstrakt-dingliche Vertrag und die Eintragung in einem Zweckzusammenhang stehen. In der II. Kommission wurde in der Erleichterung des Grundbuchsverkehrs gerade der Hauptwert der abstrakten Gestaltung gesehen[1]). Wenn *v. Tuhr*[2]) sagt, „das Gesetz wolle die Aufgabe des Grundbuchamtes erleichtern, indem es ihm die Prüfung des Kausalvertrags entzog", so ist zwar aus diesen Worten kein direktes Abhängigkeitsverhältnis zu entnehmen, jedoch erscheint es so, als biete der abstrakte Vertrag eine bessere Voraussetzung für das Eintragungsprinzip. Dass dem nicht so ist, beweist deutlich das schweizerische Recht, welches sich ebenfalls wie das deutsche Recht zu dem sog. Eintragungsprinzip bekennt, ohne dass hier wie im deutschen Recht ein abstrakter dinglicher Vertrag als Voraussetzung zur Eintragung nötig ist. Das ZGB verlangt lediglich einen gültigen Rechtsgrund als Voraussetzung einer wirksamen Eintragung. *Heck*[3]) sieht in der Ueblichkeit der Verbindung von Eintragungsprinzip und abstrakt-dinglichem Vertrag in letzter Linie die begriffsjuristische Neigung, alle Rechtsnormen auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen, statt auf Zweckmässigkeitsrücksichten. In Wirklichkeit sind die Voraussetzungen der Eintragung von den Voraussetzungen der materiellen Rechtswirkung scharf zu trennen. Im übrigen zeigt sich die Unabhängigkeit im geltenden Recht bereits darin, dass nach formellem Grundbuchrecht eine Eintragung schon dann erfolgen darf, wenn nur die einseitige Bewilligung dessen vorliegt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Das Grundbuchamt braucht also in der Regel das Vorhandensein des abstrakten Geschäfts als Voraussetzung der Eintragung nicht zu prüfen. Eine Ausnahme hiervon

1) Protokolle II 3 S. 53: „Namentlich ermögliche das von dem Entwurf angenommene Prinzip eine glatte und rasche Erledigung der Eintragung".

2) Arch. f. ziv. Praxis Bd. 120 S. 4.

3) Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft S.34.

ist eben die Eigentumsübertragung und die Uebertragung des Erbbaurechts, wo der Nachweis des dinglichen Vertrages als Voraussetzung der Eintragung gefordert wird.

Nach dieser grundsätzlichen Feststellung der Unabhängigkeit der Eintragung vom dinglichen Vertrag taucht die Frage von der rechtsändernden Funktion der Eintragung überhaupt auf. Eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass beispielsweise im französischen und dänischen Recht die Eintragung keine Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung ist. Wenn im französischen Recht die Regel gilt, „la propriété se transfer par simple consentement", das Eigentum also durch das obligatorische Geschäft übertragen wird, so kennt doch gleichwohl das französische Recht in der Transkription und Inskription eine Registrierung der dinglichen Rechte. Allerdings ist der ganze Apparat der Buchung nur auf Aussenwirkung eingestellt. Nur im Verhältnis zu Dritten ist die Eintragung von Bedeutung[1][2]. Zwischen den Parteien hat die Transkription grundsätzlich nur dann Bedeutung, wenn Lasten und Rechte Dritter an dem veräusserten Grund und Boden bestehen. Ist dies nicht der Fall, so haben die meisten Parteien kein Interesse an der Publizierung. So ist es möglich, dass zahlreiche Veräusserungen unbekannt bleiben. Es besteht keine Bestimmung, um die Eintragung zu erzwingen. Das finnische Recht, welches ebenfalls, wie das französische Recht, den Eigentumsübergang von Grundstücken an den blossen obligatorischen Veräusserungsvertrag knüpft, kennt hier einen Eintragungszwang. Die Einschreibung (Lagfart) hat innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Erwerb stattzufinden, andernfalls kann der neue Eigentümer durch Geldstrafen dazu angehalten werden, oder das Gericht

---

1) „Nous devons avant tout faire remarquer que la transcription n'est nécessaire que pour saisir le nouveau propriétaire vis-à-vis des tiers; entre les parties la propriété est transférée par la convention". *Hedemann* a. a. O. II, 2. Halbbd. S. 104.

2) vgl. oben S. 11 f.

kann im Namen des Eigentümers und auf dessen Kosten die Lagfart beantragen [1]).

Auch im dänischen Recht geschieht die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken und die Begründung und Uebertragung anderer dinglicher Rechte unabhängig von der Eintragung. Die Bedeutung der Eintragung (Tinglysning) besteht in ihrer Wirkung nur gegenüber Dritten [2]).

Die Eintragung als Voraussetzung der Wirksamkeit des Liegenschaftsrechtes überhaupt, auch unter den Beteiligten, ist zweifellos eine Verkehrserschwerung und ein Hindernis für ein sofortiges Wirksamwerden. Es könnte als Vorzug erscheinen, dass das Eigentum und die beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken durch blossen Vertrag begründet und übertragen werden, weil hierbei Vertragsschluss und Rechtserwerb zeitlich zusammenfallen und Gefahren durch Rechtsgeschäfte in einer dazwischenliegenden Zeit ausgeschlossen sind. Aber der Vorzug ist nur ein scheinbarer, weil die Erkennbarkeit der dinglichen Rechte fehlt und damit die Rechtssicherheit. So ist im französischen Recht die durch die Sammlung der Transkriptions- und Inskriptionsurkunden vermittelte Erkennbarkeit sehr gering, da der Bestand der Rechte nicht ohne weiteres ersichtlich ist. Daher kennt auch das französische Recht keine Vermutung für die Richtigkeit der Transkription oder Inskription, und der Inhalt der in den Sammlungen aufgenommenen Urkunden geniesst keinen öffentlichen Glauben zugunsten eines Erwerbers oder desjenigen, der an einen dort als berechtigt Ausgewiesenen auf Grund dieses Rechtes etwas leistet. Ein Register kann nur dann öffentlichen Glauben geniessen und die Vermutung der Richtigkeit an den eingetragenen Rechtszustand knüpfen, wenn darin alle dinglichen Rechte aufgenommen werden, und so das Register die gesamten Rechtsverhältnisse eines Grundstücks ersichtlich macht. Dieses Ziel kann aber nicht oder nur sehr unvollkommen erreicht werden, wenn nicht schon die Ent-

1) Zivilgesetze d. Gegenwart, Bd. 10 S. 11 ff.
2) vgl. oben S. 14.

stehung der Rechte und ebenso ihre Uebertragung an die Eintragung in das Buch als ein notwendiges Erfordernis geknüpft wird. Wenn der dingliche Rechtsstand richtig ausgewiesen werden soll, müssen nicht nur bereits vollzogene Rechtsänderungen im Grundbuch vermerkt, sondern die Eintragung selbst zur Voraussetzung der Rechtsänderung gemacht werden[1]).

Ausserdem kann der Grund der Verkehrserleichterung der sich ausserhalb des Buchs vollziehenden Eigentumsübertragung heute nicht mehr ausschlaggebend sein. Eine leichte Veräusserlichkeit würde der heutigen Auffassung eines gebundenen Bodeneigentums zuwiderlaufen. Zudem erscheint eine sich ausserhalb des Grundbuchs vollziehende Eigentumsübertragung umso weniger angebracht, als die Verfügung über den Boden nach deutscher Auffassung eine öffentlich interessierende Angelegenheit ist, und es im Volke wohl verstanden wird, dass sie erst durch einen behördlichen Akt Gültigkeit erlangt[2]).

c) Konsensprinzip und Legalitätsprinzip.

Im geltenden Recht ist das Erfordernis der Eintragung nur ein Erfordernis der Rechtsänderung. Als zweites Erfordernis muss noch der dingliche Vertrag, die Einigung hinzukommen. Hierdurch unterscheidet sich das BGB von denjenigen Grundbuchsystemen, die den Grundsatz der formalen Rechtskraft anerkennen. Diese Rechte verknüpfen mit dem Eintrag im Grundbuch noch weitergehende Wirkungen als das BGB. Sie legen der Eintragung als solcher rechtsbegründende und rechtsvernichtende Kraft bei. Lediglich auf Grund der Eintragung wird der Erwerber Eigentümer, ohne dass es irgend einer materiellen Voraussetzung bedarf, oder dass es auf den guten oder bösen Glauben ankommt. Dieses Prinzip der formalen Rechtskraft lag den Rechten von Hamburg, Lübeck, Mecklenburg und

1) *Hedemann* a. a. O. II. Bd. 2. Halbbd. S. 3.
2) *Locher* a. a. O. S. 49.

Sachsen zugrunde. Hierin liegt indes eine Ueberspannung des Verkehrsinteresses. Wer den Eintrag ohne materielle Voraussetzung erworben oder gar durch Betrug erwirkt hat, verdient keinen Schutz. Ein Eigentumsrecht, welches ausschliesslich auf die Eintragung aufgebaut wäre, hätte zwar den Vorzug logischer Einfachheit, wäre aber für den Verkehr ein zu scharfes Instrument, weil jeder fehlerhafte Eintrag einen Rechtsverlust zur Folge hätte[1]). Deshalb lehnt das schweizerische Recht, wie auch das deutsche, das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung ab[2]).

Das deutsche und das schweizerische Recht unterscheiden sich jedoch bezüglich der Voraussetzungen, die zusammen mit der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführen. Im deutschen Recht bedarf es zur Voraussetzung einer rechtsverbindlichen Eintragung eines gültigen dinglichen Vertrages, der Einigung, im schweizerischen Recht dagegen muss die Eintragung, soll sie Eigentum begründen, auf einem gültigen Rechtsgrund beruhen. Das schweizerische Recht erkennt damit, dass es die Gültigkeit des Rechtsgrundes zur materiellen Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung erhebt, das Legalitätsprinzip an, während im deutschen Recht das Konsensprinzip gilt, nach welchem der Bestand des Grundgeschäftes für die Eigentumsübertragung ohne Bedeutung ist. Hier kommt es lediglich auf die Gültigkeit des dinglichen Vertrages, der Einigung oder Auflassung, an. Der Vorzug des deutschen Rechtes mit seiner Abstraktion des dinglichen Geschäftes von der causa zeigt sich, wie im ersten Abschnitt bereits hervorgehoben wurde, in einer ausserordentlichen Stabilität der sachenrechtlichen Vorgänge,

1) *Wieland* a. a. O. Bem. 2 zu Art. 974.

2) „Das ZGB lehnt das verschiedenen deutschen Partikularrechten bekannt gewesene Prinzip der formalen Rechtskraft ab, und zwar mit gutem Grund; denn obschon dieses System insofern große praktische Vorteile bietet, als danach Diskrepanzen zwischen dem materiellen Rechte und dem Buchstande, soweit als überhaupt möglich, vermieden werden, widerspricht es doch einem verfeinerten Rechtsempfinden, weil es das materielle Recht der Form zum Opfer bringt". *Haab*, Zürch. Komment. N. 3 zu Art. 556.

die von den Erschütterungen des Kausalgeschäftes grundsätzlich unberührt bleiben. Damit erzeugt die abstrakte Gestaltung eine grösstmögliche Uebereinstimmung von Bucheintrag und materieller Rechtslage. Lässt man nun dem Rechtsgrund in Verbindung mit der Eintragung translative Wirkung zukommen, so ist die Folge davon, dass die Fälle der Nichtübereinstimmung von Bucheintrag und Rechtswirklichkeit sich vermehren. Denn das unsichere Moment der causa, unsicher deshalb, weil es von dem Willen der Parteien stärker abhängig ist als der abstrakt-dingliche Vertrag, ist damit in den Rechtsänderungstatbestand aufgenommen. Um nun trotzdem das Grundbuch möglichst vor unrichtigen Eintragungen zu bewahren, muss vor der Vornahme des Eintrags dem rechtsgültigen Bestand des Grundgeschäfts eine grössere Beachtung zukommen. Auch hier kann die Regelung des schweizerischen Gesetzgebers im Hinblick auf eine kausale Gestaltung der Uebereignung im Liegenschaftsrecht als Vorbild dienen. Das schweizerische Recht legt eine stärkere Betonung auf die Beurkundung des Grundgeschäfts, um nach Möglichkeit unrichtige Einträge in das Grundbuch zu verhindern. Nach Art. 657, I ZGB bedarf der Vertrag auf Eigentumsübertragung an Liegenschaften der öffentlichen Beurkundung. Dieser Grundsatz ist wiederholt in Art. 216 OR für den Kaufvertrag an Liegenschaften, in Art. 243, II OR für das Schenkungsversprechen. Es leuchtet ein, dass, je gründlicher die Prüfung der Gesetzmässigkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäftes gehandhabt wird, desto geringer die Gefahr falscher Buchungen wird. Im gleichen Mass verringert sich die Möglichkeit einer Verdrängung des wahrhaft Berechtigten durch einen gutgläubigen Dritten[1]). Entgegen anderen Gesetzen stellt daher das ZGB in Art. 657, der dem Sachenrecht angehört, eine allgemeine Regel über die Form des auf die Uebertragung von Grundeigentum gerichteten Vertrages auf. Dies mag auf den ersten Blick befremden, da das Verpflichtungsgeschäft keine rechts-

1) *Hedemann* a. a. O. II, 2. Halbbd. S. 181.

begründende Wirkung hat, sondern bloss schuldrechtliche Rechte und Pflichten begründet (Art. 665 ZGB)[1]), sodass die Bestimmung seiner Form in das Schuldrecht zu gehören scheint. Jedoch ist die Aufnahme der Formvorschrift in das Sachenrecht angesichts der engen Beziehungen zwischen dem Grundgeschäft und dem Grundbuch vollauf berechtigt. Denn das Verpflichtungsgeschäft hat nicht nur die Bedeutung einer formellen Voraussetzung der Eintragung, sondern bildet, insofern die Wirksamkeit der Eintragung von der Gültigkeit des Rechtsgrundes abhängt, deren materielle Grundlage. In Anbetracht dieser sachenrechtlichen Tragweite der Form drängte sich deren Ordnung im Sachenrecht auf, ganz abgesehen davon, dass auf diese Weise den Besonderheiten der vom ZGB für die Eigentumsübertragung getroffenen Lösung überhaupt, und namentlich der gegenüber dem BGB wesentlich erhöhten Bedeutung des Rechtsgrundes für die Rechtsänderung in klarer Weise Ausdruck gegeben wird[2]).

Auch das deutsche Recht verlangt gemäss § 313, S. 1 BGB für den Kaufvertrag eines Grundstücks gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Ein formloser und daher unverbindlicher Kaufvertrag wird jedoch durch nachfolgende Auflassung und Eintragung geheilt (§ 313 S. 2 BGB). Dagegen ist eine Heilung des Formfehlers des Grundgeschäftes durch nachfolgende Eintragung im Schweizer Recht nicht vorgesehen[3]). Eine wegen Formwidrigkeit des Kaufvertrages ungerechtfertigte Eintragung kann nach Art. 975 ZGB auf Klage des Veräusserers berichtigt werden.

Aber neben der gesteigerten Bedeutung des Grundgeschäftes für das materielle Liegenschaftsrecht zeigt sich naturgemäss auch eine unterschiedliche Behandlung für das formelle Liegenschaftsrecht bezüglich der Voraussetzungen, die an die Eintragung gestellt werden.

---

1) *Wieland* S. 87.

2) *Haab*, Züricher Komm. Art. 657 N. 1.

3) Ztschr. f. Schweizer Recht Bd. 62 S. 54.

Nach deutschem Recht ist zunächst ein Antrag als Voraussetzung zur Eintragung nötig. Der Grundbuchrichter wird grundsätzlich nur auf Antrag tätig (§ 13 GBO)[1]. Wo eine Eintragung auf Grund eines Antrags geschehen soll, bedarf der Antrag zu seiner Begründung einer Eintragungsbewilligung des leidenden Teils (§ 19 GBO)[2]. Weiterhin soll die Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (§ 40, I GBO)[3]. Weitere Voraussetzungen als die drei eben genannten bestehen nicht. Insbesondere hat der Grundbuchrichter nicht das der dinglichen Rechtsänderung zugrunde liegende obligatorische Geschäft zu prüfen. Da die Eintragung schon dann erfolgen darf, wenn die einseitige Bewilligung dessen vorliegt, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, so gilt grundsätzlich das formelle Konsensprinzip. Ausnahmsweise bedarf es nur des Nachweises eines dinglichen Vertrages bei der Auflassung, der Bestellung, Inhaltsänderung und Uebertragung des Erbbaurechts (§ 20 GBO). Hier gilt das materielle Konsensprinzip.

Im schweizerischen Recht wirkt sich das Prinzip der materiellen Legalität auch auf das formelle Liegenschaftsrecht insofern aus, als eine Eintragung in das Grundbuch nur vollzogen werden kann, nachdem der Ausweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund erbracht ist. (Art. 965, I ZGB). Damit eine Eintragung erfolgt, ist gemäss Art. 963, I ZGB eine schriftliche Erklärung des Veräusserers nötig, die dem Antrag der deutschen Grundbuchordnung entspricht. Aber die Eintragung kann nur vollzogen werden, wenn der Ausweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund erbracht ist. Der Ausweis über das Verfügungsrecht ist gemäss Art. 965, II ZGB der Nachweis der Identität des Verfügenden mit dem als Eigentümer Eingetragenen. Auch das deutsche Recht setzt eine

1) *Wolff* a. a. O. § 32.
2) *Wolff* a. a. O. § 33.
3) *Wolff* a. a. O. § 34.

solche Prüfung der Personenidentität voraus. Der Ausweis über den Rechtsgrund liegt nach Art. 965, III ZGB in dem Nachweise, dass die für die Gültigkeit des Rechtsgrundes erforderliche Form erfüllt ist. Das Grundbuchamt hat daher die Vorlage eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages zu verlangen, braucht aber die materielle Gültigkeit des Vertrages nicht zu prüfen. Dagegen hat das Grundbuchamt zu untersuchen, ob der Vertrag, welcher als Rechtsgrund der Eintragung dienen soll, inhaltlich mit der Anmeldung genau übereinstimmt[1]). Damit ist die eigentliche Prüfung des Rechtsgrundes an diejenigen amtlichen oder halbamtlichen Personen abgeschoben, deren Mitwirkung beim Abschluss des Kausalgeschäftes nötig ist. In dieser Hinsicht ist nun allerdings in der Schweiz viel geschehen, und es verdient Beachtung, dass man durch die stärkere Betonung der Beurkundung und Prüfung das Möglichste zu tun bemüht war, damit der Eintrag im Grundbuch nur dem wahren Berechtigten zugute kommt[2]). Jedoch war auch im deutschen Recht der Kaufvertrag vielfach Gegenstand der Prüfung durch den Grundbuchbeamten. So bot § 98 GBO a. F. auf Grund eines Vorbehalts zugunsten der Landesgesetze die Möglichkeit, bei der Auflassung die Vorlage eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Kaufvertrages zu verlangen, insbesondere Bayern, Württemberg und Baden hatten von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht[3]). Auf Grund des § 2 der VO über Auflassungen usw. vom 11. Mai 1934 soll die Erklärung der Auflassung nur entgegengenommen werden, wenn die formgerechte erforderliche Urkunde über das Veräusserungsgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Auf diese Weise versucht man also, trotz grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Loslösung des Verfügungsgeschäftes vom Verpflichtungsgeschäft, das kausale Moment mit in den Uebereignungstatbestand einzubeziehen. Aber diese Vor-

1) Ztschr. f. Schweizer Recht Bd. 62 S. 45 ff.
2) *Hedemann* a. a. O. II, 2. Halbbd. S. 182.
3) *Wolff* a. a. O. § 35 I, 1.

schrift betrifft nur das Verfahren, ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt nicht die Gültigkeit der Eigentumsübertragung. Das Legalitätsprinzip dagegen verlangt den Rechtsgrund als materielle Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung. Ein Rückschluss aus der oben genannten Verordnung zeigt, dass man zur Sicherung des Immobiliarverkehrs auch im deutschen Recht nicht umhin kann, die causa irgendwie mit in den Uebereignungstatbestand aufzunehmen.

VI. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs.

Trotz der Eintragung als Gültigkeitsform zur Entstehung der dinglichen Rechte und trotz einer durch das Legalitätsprinzip gewährleisteten gründlichen Prüfung des Grundgeschäfts als materieller Voraussetzung der Eintragung ist es möglich, dass eine Divergenz zwischen Buch und Wirklichkeit entsteht. Um nun die sich für den Rechtsverkehr hieraus entstehenden Härten und Nachteile bei späteren Erwerbsfällen auf ein Mindestmass zurückzuführen oder auszuschalten, hat der Gesetzgeber das Grundbuch mit öffentlichem Glauben ausgestattet.

Im letzten Abschnitt wurde das Prinzip der formellen Rechtskraft der Bucheinträge abgelehnt. Dem Eintrag allein rechtsbegründende, selbständige Kraft beilegen, hiesse den Formalismus der Eintragungshandlung und das Publizitätsprinzip mehr als erforderlich überspannen. Prinzipiell ist also im Liegenschaftsrecht die Rechtswirkung einer Verfügung von der materiellen Rechtslage abhängig und nicht etwa von der Vorstellung, welche sich die Beteiligten über den Tatbestand etwa auf Grund einer zu Unrecht vorgenommenen Eintragung machen. Die Befehle der Rechtsordnung sind wie vom Willen, so vom Wissen der Parteien unabhängig. Im römischen Recht fand dieser Grundsatz seinen Ausdruck in dem Satz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet". Jedoch wurde die Verkehrsfeindlichkeit dieses Satzes im älteren Rechte durch kurze Ersitzungsfristen von zwei Jahren stark herabgemindert.

Das nachklassische Recht verlängerte diese Fristen bis auf 30 Jahre. Aber die Entwicklung des Verkehrslebens ermöglicht dem Handelnden nicht immer die genaue Feststellung der rechtlichen Situation, er muss sich darauf verlassen können, dass die Rechtslage so beschaffen ist, wie sie sich ihm darstellt. In diesem Vertrauen wird er vom Gesetz dadurch geschützt, dass das Gesetz die Rechtsfolgen eintreten lässt, welche der Handelnde auf Grund seiner irrtümlichen Ansicht über die Rechtslage erwarten durfte [1]). Durch die Anerkennung des öffentlichen Glaubens schützt also die Rechtsordnung den Dritten in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs. Wer im Vertrauen auf den Bucheintrag ein dingliches Recht erwirbt, kann sich darauf verlassen, dass er das Recht mit jenen Belastungen erwirbt, die durch das Grundbuch als bestehend ausgewiesen werden, und dass gelöschte oder noch nicht eingetragene Rechte ihm gegenüber nicht gelten. Und zwar schützt das Gesetz die Wahrheit und Vollständigkeit des im Grundbuch eingetragenen Rechtes gegenüber dem gutgläubig Erwerbenden nicht nur mit einer widerlegbaren Vermutung, die nur für die Legitimations- und Beweisfrage von Bedeutung, als Mittel zur Sicherheit des Rechtsverkehrs aber ungenügend ist, sondern mit der Kraft einer gesetzlichen Fiktion. Kraft Gesetzes gilt der in Wahrheit nicht gerechtfertigte Eintrag dem gutgläubigen Erwerber gegenüber als richtig und vollständig. Der gutgläubige Erwerber erlangt das Eigentum so, wie es durch das Buch ausgewiesen wird. Ein Streit herrscht darüber, ob es sich dabei um einen originären oder derivativen Erwerb handelt [2]). Indes erscheint als fraglich, ob überhaupt der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten sich unter eine dieser beiden Kategorien bringen lässt, oder ob man nicht besser daran tut, dem originären und derivativen Erwerb als dritte Erwerbsart den Erwerb kraft guten Glaubens zur Seite

1) *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil § 49 S. 134.

1) *Wolff* § 69, III; *v. Tuhr* II, 1 S. 52 ff.

zu stellen[1]). Jedenfalls muss man sich hüten, praktische Sätze aus der selbstgeschaffenen Zuteilung zum abgeleiteten oder ursprünglichen Erwerb zu erschliessen[2]). Die Streitfrage ist jedoch in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

In der Anerkennung des öffentlichen Glaubens liegt also ein wirksames Mittel zur Sicherung des Rechtsverkehrs; denn nur der verdient Schutz, der im Vertrauen auf den Rechtsschein des Bucheintrags ein Recht erwirbt. Dabei ist es jedoch belanglos, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat oder nicht. Es kommt auch nicht darauf an, ob er überhaupt auf das, was im Grundbuch enthalten sein möge, bei seinem Erwerb Rücksicht genommen hat oder lediglich das für massgebend erachtet hat, was ihm von anderer Seite, insbesondere von seinem Rechtsurheber, mitgeteilt worden ist. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts schafft ihm auch in diesen Fällen materielles Recht[3]). Dem unredlichen Erwerber nützt der öffentliche Glaube nichts, aber seine Interessen sind auch nicht schutzwürdig.

Im Grunde genommen liegt in der Anerkennung des öffentlichen Glaubens die Lösung einer Interessenkollision vor, die der Gesetzgeber im Sinne eines wohlberechtigten Schutzes des Verkehrs vorgenommen hat. Auf der einen Seite steht das Interesse des materiell Berechtigten, auf der anderen dasjenige des gutgläubigen Erwerbers, der, auf einen Eintrag sich verlassend, ein dingliches Recht erworben hat, das seinem Kontrahenten in Wirklichkeit nicht zustand. Das Interesse der Gesamtheit, nämlich die Rechtssicherheit im Verkehre, soll geschützt werden und gibt den Ausschlag zugunsten des gutgläubigen Erwerbers zum Nachteile des anderen Teils[4]).

Das römische Recht schützte hier mehr die Interessen des Berechtigten, während das deutsche Recht durch die

1) *Haab*, Zürcher Komm., Vorbem. zu Art. 655.
2) *Ehrenzweig* I, 1 S. 138.
3) RGRKomm. § 892, 10.
4) *Jenny* a. a. O. S. 12.

Anerkennung des öffentlichen Glaubens überwiegend den Erwerber schützt. Jedoch wurden auch im römischen Recht in solchen Fällen des Erwerbs vom Nichtberechtigten durch Anerkennung kurzer Ersitzungsfristen unnötige Härten vermieden. Die Entscheidung des einen oder anderen Rechtes bedeutet für den Benachteiligten eine Härte, und löst damit einen, vom Einzelnen gesehen, unlösbaren Interessengegensatz. Die deutschrechtliche Regelung ist jedoch gemeinschaftsbewusster als die römische. Das deutsche Recht legt dem Besitzenden Opfer um anderer willen auf, schützt gewiss den Erwerber, aber in ihm den Verkehr und die Gemeinschaft [1]).

Im deutschen Rechte hat der öffentliche Glaube im § 892 BGB seine Anerkennung gefunden. Auch das schweizerische Recht schützt in Art. 973 ZGB den redlichen Erwerber. Der gutgläubige Dritte, der, gestützt auf einen Grundbucheintrag, ein dingliches Recht erwirbt, darf von der absoluten Zuverlässigkeit des Grundbuchs ausgehen. Ebenfalls stellt das schweizerische Recht analog der Bestimmung des § 891 BGB in Art. 937 und Art. 9 ZGB eine Vermutung auf, dass das Recht so besteht, wie es eingetragen ist. Auch im österreichischen Recht geniesst das Grundbuch öffentlichen Glauben. Sein Inhalt gilt als richtig und vollständig. Solche Eintragungen, bei denen es an einer materiellen Voraussetzung ihrer Wirksamkeit von Anfang an fehlte, erzeugten nach dem ABGB überhaupt keine Wirkung. Ihre Beseitigung konnte nicht nur gegen den zunächst Eingetragenen, sondern gegen jeden seiner Rechtsnachfolger begehrt werden. Hier fand also der Vertrauensgrundsatz keine Anwendung und die Ausgleichung zwischen Buch- und Rechtsstand wurde nicht durch ihn, sondern durch die Einrichtung der Tabularersitzung (§§ 1467, 1469) herbeigeführt, kraft deren die Rechtsstellung des Eingetragenen durch Verschweigung zu einer unanfechtbaren wurde. Das Grundbuchsgesetz (§§ 28, 61 bis 64) hat hier eine grundlegende Aenderung gebracht.

1) *Lange*, Boden, Ware u. Geld S. 69.

Hiernach wird der redliche Erwerber auch dann sofort, d. h. ohne Tabularersitzung, geschützt, wenn sich sein Erwerb auf eine ungültige Eintragung stützt [1]). Wer als Inhaber eines dinglichen Rechtes im Grundbuch eingetragen ist, ist Besitzer des Rechtes, und für die Rechtmässigkeit des Besitzes spricht die Vermutung (§§ 321, 323 ABGB). Geschützt wird, wer redlich und im Vertrauen auf den Inhalt des Grundbuchs ein Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt. Allerdings erleidet der öffentliche Glauben des Grundbuchs im österreichischen Recht eine erhebliche Abschwächung dadurch, dass der Eintrag erst nach einer bestimmten Frist Rechtskraft erlangt [2]). Dass der gutgläubige Erwerber nicht schon vom Zeitpunkt seines Erwerbs ab geschützt wird, bedeutet eine Erschwerung des Verkehrs, da er unter Umständen noch auf lange Zeit der Löschungsklage ausgesetzt ist [3]). Keine der angeführten Bestimmungen muten dem Erwerber zu, dass er Nachforschungen über die Herkunft des eingetragenen Rechtes anstellt, oder dass er die Gültigkeit des dem Eigentumserwerbe seines Vormannes zugrunde liegenden Kausalgeschäftes überprüft. Bezüglich der Redlichkeit stellen also alle angeführten Rechte dieselben Voraussetzungen auf, der Erwerber kann nur dann unangreifbares Eigentum erlangen, wenn er den Mangel des Rechtes seines Vormannes nicht kannte. Anders freilich liegt die Sache bei der Unredlichkeit. Gerade in der Ausdehnung oder Einschränkung der Unredlichkeit liegt die Möglichkeit, den Schutz des öffentlichen Glaubens als Korrektiv der Verkehrssicherheit einzusetzen.

So ist nach geltendem deutschen Recht der Erwerber erst dann unredlich, wenn er possitiv weiss, dass der eingetragene Veräusserer nicht Eigentümer ist. Da sich aber die Eigentumsübertragung losgelöst von ihrem Rechtsgrunde vollzieht, so braucht der Erwerber auch nur bezüglich des

1) *Ehrenzweig* I, 2 S. 117 ff.; *Klang-Bartsch* I, 2 S. 192 ff.
2) *Ehrenzweig* I, 2 S. 292 ff.
3) *Triebel* a. a. O. S. 31.

dinglichen Vertrages redlich zu sein [1]). Diese Einschränkung der Unredlichkeit ist eine Folge der Abstraktheit der Uebereignung.

Viel weiter ist die Unredlichkeit im schweizerischen und österreichischen Recht aufzufassen. So gilt nach schweizerischem Recht bereits der als unredlich, der den Mangel im Rechtsgrund kennt oder kennen sollte (Art. 974 ZGB). Das Grundbuch geniesst solchen Personen gegenüber keinen öffentlichen Glauben, die in Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis des Mangels im Rechtsgrund von dem ungerechtfertigterweise Eingetragenen Rechte erworben haben [2]).

Wenn auch das österreichische Recht nicht wie das schweizerische klar zum Ausdruck bringt, dass bereits die Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis des Mangels im Rechtsgrund den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zerstört, so gilt doch auch hier bezüglich der Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Kausalbeziehungen dasselbe wie für das schweizerische Recht, denn auch im österreichischen Recht vermögen erst Grundgeschäft und Eintragung materielle Rechtswirkungen zu erzeugen.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Einschränkung der Bösgläubigkeit oder ihre Erweiterung, wie im schweizerischen und österreichischen Recht, bedingt ist durch das jeweilige Veräusserungssystem, also die abstrakte oder kausale Uebereignung, oder ob man den Rahmen der Unredlichkeit völlig unabhängig hiervon bestimmen kann. Hierzu ist zu sagen, dass die Einschränkung der Bösgläubigkeit auf das dingliche Rechtsgeschäft nur im Rahmen einer abstrakten Uebereignung möglich ist. Denn gerade durch die Loslösung des dinglichen Vertrages von der causa ist es möglich, dass die dingliche Rechtsänderung sich trotz mangelnden Rechtsgrundes vollzieht. Kennt nun bei einer solchen

---

1) „Im allgemeinen wird die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs anzunehmen sein, wenn bewiesen ist, daß dem Erwerber die Tatsachen bekannt gewesen sind, aus denen sich nach dem Gesetz die Unrichtigkeit ohne weiteres ergibt". RGRKomm. § 892, 10.

2) *Tuor* S. 439.

Regelung der Erwerber den Mangel im Rechtsgrund, so ist es trotzdem möglich, dass er vom Eigentümer erwirbt, denn der Mangel im Rechtsgrund dehnt sich grundsätzlich nicht auf die Eigentumsübertragung aus. Auf der anderen Seite weiss der Erwerber bei einer kausalen Uebereignung bei Kenntnis des Mangels im Rechtsgrund von vornherein, dass der Veräusserer Nichtberechtigter ist, denn hier ist ein gültiger Rechtsgrund Voraussetzung zum Eigentumserwerb. Der Begriff der Unredlichkeit ist also bei einer kausalen Gestaltung notwendig weiter auszudehnen als bei einer abstrakten. Das bedeutet aber wiederum für den uneingetragenen Berechtigten eine Besserstellung. Denn damit wird der Kreis der gutgläubigen Dritterwerber erheblich eingeschränkt, und die Möglichkeit eines ihm durch den Rechtsschein drohenden Rechtsverlustes erheblich vermindert. Diese Einschränkung der Redlichkeit kommt der Tendenz der Entmobilisierung des Bodens stark entgegen.

Wenn man auch die Fiktion der Grundbuchrichtigkeit zugunsten eines redlichen Erwerbers im Interesse der Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs heute allgemein anerkennt, so darf man auf der anderen Seite nicht die Schattenseiten des öffentlichen Glaubens vergessen. Denn jeder Liegenschaftsinhaber ist durch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs einer ständigen, wenn auch latenten Rechtsverlustgefahr ausgesetzt. Denn gegen raffinierte Legitimationsfälschungen ist kein Kraut gewachsen. Delikts-, Bereicherungs-, Geschäftsführungsansprüche von fragwürdiger Realisierbarkeit sind hier ein schlechter Trost. Eine wesentliche Minderung der Verlustgefahr wäre erreicht, wenn man die Benachrichtigung gemäss § 55 GBO obligatorisch machte und zwar in Form der Postzustellung. Dadurch würden die Gefahren der Legitimationsfälschung stark gemindert [1]). Erwähnenswert ist hier die Behandlung der Legitimationsfälschung im dänischen Recht. Gemäss § 27 TG sind hier auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber die Einreden, dass die Urkunde falsch oder gefälscht oder

1) *Locher* a. a. O. S. 53.

rechtswidrig unter Einwirkung von Gewalt oder Androhung solcher ausgestellt, zulässig. In diesen Fällen erwirbt der gutgläubige Erwerber, wenn die Einrede begründet ist, das Recht nicht, aber der Staat ersetzt ihm seinen Schaden (§§ 30, 31 TG). *Triebel* [1]) meint hierzu, es dürfte sich nicht empfehlen, in den Fällen des § 27 TG dem gutgläubigen Erwerber den Schutz des § 892 BGB zu versagen und ihn auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Staat zu verweisen. Es würde damit eine Ersatzpflicht des Staates eingeführt werden, für die es an einer inneren Berechtigung fehlt. Die Ersatzpflicht könne vielmehr nur den treffen, der durch schuldhaftes Handeln den Schaden verursacht hat. Jedoch soll man die Gefahr ersatzlosen Rechtsverlustes durch den öffentlichen Glauben auch nicht überschätzen. Es wird daher keine Rede davon sein können, diesen Grundsatz aufzugeben, denn der öffentliche Glaube der Rechtsbuchung verleiht dem Grundbuch erst seine fundamentale Bedeutung für den Liegenschaftsverkehr. Die notwendige Einschränkung des öffentlichen Glaubens durch die kausale Uebereignung erscheint daher das gegebene Mittel zur Vermeidung unnötiger Rechtsverluste.

Nach dieser Erörterung über den öffentlichen Glauben im Rahmen einer abstrakten und kausalen Gestaltung der Uebereignung bedarf seine nähere Ausgestaltung noch einer Erwähnung. Nach geltendem deutschen Recht wird der Erwerber einer Liegenschaft erst dann als unredlich angesehen, wenn er die Unrichtigkeit der Eintragung positiv kannte. Im Fahrnisrecht dagegen ist der Erwerber schon bösgläubig, wenn er das Nichtrecht des Veräusserers grobfahrlässig nicht kannte. Zur Begründung dieser unterschiedlichen Behandlung führt man an, dass der Besitz mehrdeutig sei, die Buchung dagegen eindeutig. Dazu kommt die amtliche Autorität, die hinter dem Bucheintrag steht [2]). Aber der Hauptgrund war doch auch hier die Betonung der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Wenn der

1) a. a. O. S. 70.

2) *Lange*, Boden, Ware u. Geld S. 71.

Gesetzgeber nicht die grobe Fahrlässigkeit auf seiten des Erwerbers mit wirklichem bösen Glauben gleichgestellt hat, so ist dies der Befürchtung, die Glaubwürdigkeit des Grundbuchs abzuschwächen, zuzuschreiben. Mit Recht hat man dagegen eingewendet, dass hierdurch der Boden noch stärker mobilisiert werde als die Fahrnis. Nur für letztere gilt Erkundungspflicht und damit Vertrauensschutz, für den Boden dagegen reiner Verkehrsschutz [1]). Dieser Einwand richtet sich aber gegen den öffentlichen Glauben des geltenden Rechtes mit seiner abstrakten Gestaltung der Uebereignung. Der Rahmen der Redlichkeit ist hier so weit gespannt, dass eine Gleichstellung der Kenntnis der Unrichtigkeit mit der grobfahrlässigen Unkenntnis durchaus der Billigkeit entspräche. Aber bei einer kausalen Gestaltung der Uebereignung ist die Redlichkeit ohnehin schon so stark eingeengt, dass hier zum mindesten fraglich erscheint, der grobfahrlässigen Unkenntnis die positive Kenntnis gleichzusetzen. Allerdings stellt das schweizerische Recht, trotz der schon vorhandenen starken Einengung der Redlichkeit durch die kausale Gestaltung, in Art. 974 ZGB (vgl. auch Art. 3, II ZGB) die schuldhafte Unkenntnis der Kenntnis gleich. Ebenfalls im österreichischen Recht wird der redliche Erwerber nicht geschützt. Er gilt als unredlich, wenn seine irrige Vorstellung auf Fahrlässigkeit beruht. Unredlich ist also nicht nur, wer die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt, sondern auch, wer aus den Umständen vermuten muss, dass sie vorhanden ist (§§ 321, 326 S. 2 ABGB). Es steht also auch hier dem Wissen das Wissenmüssen gleich.

Trotzdem muss man sich davor hüten, die Erkundigungspflicht des Erwerbers bezüglich der Kausalbeziehungen, die dem Grunderwerb zugrunde liegen, zu überspannen. Denn man darf den Zweck des öffentlichen Glaubens nicht aus dem Auge verlieren, er soll das Interesse des Dritterwerbers und damit den Rechtsverkehr schützen. Es lässt sich nicht leugnen, dass, wenn man erst dem Begriff

1) *Lange*, Deutsches Recht 1935 S. 483 ff.

„Fahrlässigkeit" neben der positiven Kenntnis den Eintritt öffnet, die Folgerung leicht wird, dass man dem Erwerber geradezu eine Pflicht auferlegt, die Richtigkeit des Grundbuchs zu untersuchen und folglich anderen ausserhalb desselben liegenden Auskunftsquellen nachzuspüren. Diese Gefahr, die den Rechtsverkehr sehr stark behindern würde und den öffentlichen Glauben ziemlich bedeutungslos machte, wird jedoch dadurch abgewehrt, wenn die Fahrlässigkeit auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt wird. Dann kann keine Rede mehr davon sein, dass dem Erwerber eine Pflicht zur Untersuchung der ausserhalb des Grundbuchs liegenden Quellen obliegt. Andererseits ist zuzugeben, dass es, rechtstechnisch gesehen, ein Vorteil ist, den bewiesenen bösen Glauben durch grobe Fahrlässigkeit zu ersetzen. Es ist nämlich sehr oft schwierig, einen wirklichen bösen Glauben, ein wirkliches Wissen auf seiten des Erwerbers zu beweisen, wogegen es nicht so schwer ist, Tatsachen, die auf grobe Fahrlässigkeit schliessen lassen, zu beweisen. Diese wird tatsächlich oft einen wirklichen bösen Glauben, der nur nicht bewiesen werden kann, decken [1]). So ist auch im dänischen Recht gemäss § 5 TG unter gutem Glauben zu verstehen, dass der Erwerber das nicht eingetragene Recht nicht kannte und diese Unkenntnis auch nicht durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat [2]).

Trotz dieser Milderung des öffentlichen Glaubens werden unverschuldete Rechtsverluste unvermeidlich sein. Die strikte Durchführung dieses Grundsatzes verlangt daher zugunsten des Geschädigten, der sein Recht durch den öffentlichen Glauben verliert, nach einem Ausgleich. Das schweizerische Recht kennt hier als Ausgleich die Staatshaftung. Gemäss Art. 955 ZGB sind die Kantone für allen Schaden verantwortlich, der aus der Führung des Grundbuches entsteht. Hier ist es also nicht so wie im deutschen Recht, wo der Staat nur für ein Verschulden des Grundbuchbeamten haftet (§ 839 BGB mit § 131 Weim. Verf.).

1) *Triebel* a. a. O. S. 22.
2) *Kruse* a. a. O. S. 1324.

Auch im dänischen Recht besteht, abgesehen von einem Verschulden der Beamten, eine weitgehende Ersatzpflicht des Staates (§§ 30. 32, 34, 35 TG). Diese Erweiterung der Ersatzpflicht ist auch verschiedentlich für das deutsche Recht empfohlen worden, aber immer als zu weitgehend abgelehnt [1]). Man wird es im deutschen Recht dabei bewenden lassen müssen, den Geschädigten auf die ungerechtfertigte Bereicherung zu verweisen. Dies umsomehr, als durch die starke Einengung des öffentlichen Glaubens Fälle unverschuldeten Rechtsverlustes eine Seltenheit sein werden. Ausserdem hat das deutsche Recht durch die Bestimmung des § 816, I S. 2 BGB den sonst nur inter partes wirkenden schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch dem Geschädigten gegen den unentgeltlich erwerbenden Gutgläubigen gegeben. Das Schweizer Zivilgesetzbuch schweigt, aber nach allgemeiner Meinung besteht gegen den gutgläubigen Erwerber auch bei unentgeltlichem Erwerb desselben kein direkter Bereicherungsanspruch seitens des durch den Erwerb geschädigten wahren Berechtigten. Wenn auch in diesem Punkte die Schweiz das deutsche Recht an konstruktiver Folgerichtigkeit übertroffen hat [2]), so war dies ein Leichtes, da die hierin liegende Unbilligkeit durch die Staatshaftung ihren Ausgleich erfährt.

Man hat bei der Kodifikation des BGB geschwankt, ob der öffentliche Glaube auch bei unentgeltlichem Erwerb durchgreifen sollte, oder ob der Regelung des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes [3]) und anderer landesrechtlicher Kodifikationen der Vorzug zu geben sei, die nur den entgeltlichen Erwerber schützen. Die Motive [4]) führen zur Rechtfertigung ihres in das BGB aufgenommenen Standpunktes an, dass man bei einer der Billigkeit entsprechenden unterschiedlichen Behandlung des entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerbs bezüglich des öffentlichen Glaubens bei

1) *Triebel* a. a. O. S. 43; *Locher* S. 55.
2) *Triebel* a. a. O. S. 43.
3) vgl. § 9 Eigentumserwerbsges. v. 5. 5. 1872.
4) Bd. III S. 21.

der letzteren Erwerbsart an eine reine Schenkung denke. Solche seien aber selten. Im Vordergrund ständen die Fälle der gemischten Schenkung. Für diese Fälle wären dann überaus schwierige und tatsächliche Untersuchungen notwendig. Der durchschlagende Grund gegen die Zurücksetzung des unentgeltlichen Erwerbs liege aber in der Rücksicht auf den Grundstücksverkehr überhaupt, denn ein vorschriftsmässig vollzogenes Erwerbsgeschäft könne nicht durch die Behauptung eines Dritten, dass der Erwerb ohne Entgelt erfolgt sei, in Frage gezogen werden. Wenn man sich heute die Frage vorlegt, ob es gerechtfertigt sei, den unentgeltlichen Erwerb durch den öffentlichen Glauben zu schützen, so verdient die Begründung der Motive, dass der lästige von dem freigebigen Titel in der Praxis oft schwer zu unterscheiden sei, ernsthafte Beachtung. *Triebel*[1]) ist davon überzeugt, nicht ohne die bestehenden Bedenken zu verkennen, dass die Unterstellung des nur entgeltlichen Erwerbs unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs keine wesentliche Verbesserung bedeuten würde und empfiehlt, es bei der geltenden Regelung zu belassen. *Locher*[2]) sieht dagegen in dem geltenden Standpunkt eine Ueberspannung des Abstraktheitsprinzips und meint, dass die Beschränkung des öffentlichen Glaubens auf entgeltlichen Erwerb, besonders bei Preisgabe der Abstraktion, den allgemeinen Grundlinien der Reform entspräche. Der unentgeltliche Erwerber, der schuldrechtlich zur Herausgabe des Erwerbs an den Rechtsverlierer verpflichtet ist, hat selbst kein allzu grosses Interesse an dem formalen, dinglichen Rechtserwerb, sodass als Interessenten im wesentlichen die Gläubiger des unentgeltlichen Erwerbers bleiben. Auch das österreichische Recht macht hier keinen Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb. Eine Vorschrift, die dem durch eine entgeltliche Verfügung Geschädigten einen Ausgleich gewähren soll, wie § 816, I S. 2 des deutschen BGB, fehlt. Das dänische Recht sieht

1) a. a. O. S. 23.
2) a. a. O. S. 54.

aus praktischen Gründen hier eine Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb als überflüssig an. Denn mitunter ist der Vertrag eine ziemlich undurchsichtige Mischung von Schenkungsmomenten und gegenseitigen Lasten. Ebenso kann es auch schwer sein, zu entscheiden, ob das Entgelt ein wirkliches, wenn auch geringes, ist, oder ob es nur zum Schein vereinbart ist. *Kruse* [1]) meint daher, es dürfte kaum glücklich sein, die extinktive Wirkung hier von unsicheren Erwägungen über diese schwer zugänglichen Verhältnisse abhängen zu lassen. Wenn man als Argument für die Ausnahme der Schenkungsverträge von der Vergünstigung der Extinktionsvorschriften anführt, dass diese Verträge im Verkehr keine Rolle spielen, so kann man mit noch grösserem Recht sagen, weil Schenkungen im Liegenschaftsumsatz eine verschwindende Rolle spielen, ist kein Grund vorhanden, eine Ausnahmeregel für sie aufzustellen. Man sollte es auch im deutschen Recht also aus praktischen Erwägungen hier bei der geltenden Regelung belassen.

VII. Vergleichende Gegenüberstellung von abstrakter und kausaler Uebereignung in ihrer rechtlichen Auswirkung für das Liegenschaftsrecht.

Eine kausale Gestaltung der Uebereignung gewährt dem Veräusserer bei mangelndem Rechtsgrund die Vindikation, während er bei einer abstrakten Gestaltung lediglich auf die Kondiktion angewiesen ist. Die Gegenüberstellung dieser beiden Begriffe bedarf aber gerade für das Liegenschaftsrecht noch einer näheren Erläuterung.

a) Vergleichende Gegenüberstellung des Anspruchsinhalts.

Der kondiktionsberechtigte Veräusserer hat einen Anspruch auf Rückauflassung. Der Erwerber ist auf Grund

1) a. a. O. S. 1334.

dieses Anspruchs verpflichtet, gleichzeitig mit dem Veräusserer die Auflassungserklärung mündlich vor dem Notar oder Grundbuchamt abzugeben. Die Erklärung des Bereicherungsschuldners kann jedoch durch ein rechtskräftiges Urteil auf Abgabe der Auflassungserklärung ersetzt werden (§ 894 ZPO). Um sich gegen eine Verfügung über das Grundstück von seiten des Erwerbers bis zum Zeitpunkt der Rückauflassung zu sichern, kann der Veräusserer auf Grund seines Bereicherungsanspruches auf Rückübertragung des Eigentums an dem Grundstück eine Vormerkung eintragen lassen. Zur Eintragung einer Vormerkung muss der Betroffene seine Zustimmung geben; die Vormerkung kann aber auch auf dem gerichtlichen Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden. Die Vormerkung ermöglicht es, den nur persönlichen Bereicherungsanspruch mit dinglicher Schutzwirkung auszustatten.

Bei einer kausalen Uebereignung ist der Veräusserer im Falle des kausalosen Erwerbs Eigentümer des Grundstücks geblieben. Der Erwerber ist jedoch im Grundbuch als Berechtigter eingetragen. Hierdurch entsteht eine Divergenz zwischen Bucheintrag und materieller Rechtslage. In diesen Fällen gewährt das Gesetz in § 894 BGB dem nichteingetragenen Berechtigten einen Berichtigungsanspruch. Der Veräusserer kann als materiell Berechtigter vom eingetragenen nichtberechtigten Erwerber die nach formellem Grundbuchrecht erforderliche Zustimmung zur Berichtigung verlangen. Die verweigerte Bewilligung wird nach § 894 ZPO durch die Rechtskraft des Urteils ersetzt, das den Beklagten zur Erteilung der Bewilligung verurteilt. Da aber das Recht des Veräusserers durch den Rechtsschein der unrichtigen Eintragung bedroht ist, kann er bis zur endgültigen Entscheidung des Berichtigungsstreites einen Widerspruch eintragen lassen, der den öffentlichen Glauben der falschen Eintragung zerstört.

Das Ziel des Berichtigungsanspruchs ist die Herstellung der Uebereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der wahren Rechtslage. Zur Entscheidung von Einzelfragen und vor

allem zu einer vergleichenden Gegenüberstellung mit dem Bereicherungsanspruch muss die Funktion des Berichtigungsanspruchs erkannt werden. Die Bedeutung des Berichtigungsanspruchs für das Liegenschaftsrecht zeigt am besten ein entsprechender Vergleich mit dem Fahrnisrecht. Bei beweglichen Sachen umschliesst der Besitz Friedensschutzlage und Kundbarkeitslage zugleich. Im Liegenschaftsrecht ist die Zeichenfunktion des Besitzes abgestorben und durch das Grundbuch ersetzt worden. Das Schweizer Zivilgesetzbuch sagt in Art. 937 ausdrücklich, „eine Klage aus dem Besitze eines Grundstücks besteht nur für denjenigen, der eingetragen ist". Der Verlust des Fahrnisbesitzes entzieht als Verlust des Habens die Sachnutzung, als Verlust des Rechtszeichens erschwert er den Rechtsbeweis und bedroht den nichtbesitzenden Eigentümer mit Rechtsentfremdung an gutgläubige Dritterwerber. Der Eigentumsherausgabeanspruch hat also im Fahrnisrecht eine doppelte Funktion. Er geht auf Rückgewähr der vollen Nutzungslage und auf Rückgewähr der Besitzlegitimation. Dagegen stellt die Herausgabe eines Grundstücks nach §§ 985 ff. BGB nur Haben und Nutzen wieder her. Im Gegensatz zum Fahrnisbesitz zerstört aber die tatsächliche Herausgabe des Grundstücks noch nicht den gefährlichen Rechtsschein, der bei Liegenschaften nicht am Besitz, sondern an der Grundbucheintragung haftet. Die §§ 985 ff. BGB haben also für Liegenschaft und Fahrnis verschiedenen Gehalt und zwar für Liegenschaften einen beschränkteren. Zur vollen Rückgewähr, die bei beweglichen Sachen bereits in der tatsächlichen Herausgabe enthalten ist, muss im Liegenschaftsrecht noch die Herausgabe des Buchbesitzes hinzukommen. Daher bedarf es eines besonderen Rechtsbehelfs für die Wiederherstellung des Buchbesitzes in Form des Berichtigungsanspruchs. Insofern der Berichtigungsanspruch dem zum Besitz Berechtigten gegen den buchbesitzenden Nichtberechtigten zusteht, ist er Besitzherausgabeanspruch. Freilich ein Herausgabeanspruch, der auf die Zeichenfunktion des Besitzes beschränkt ist, die im Liegenschaftsrecht in

das Grundbuch eingegangen ist. Dieser Beschränkung entspricht das abgewandelte Ziel des Anspruchs: nicht zum Erwerb tatsächlicher Gewalt erforderliche Uebergabehandlung, sondern die zur Verschaffung des Buchbesitzes nach formellem Grundbuchrecht erforderliche Eintragsbewilligung. Im Gesamtplan des dinglichen Rechtsschutzes ist daher in aller Regel der Berichtigungsanspruch den §§ 985 ff. BGB einzuordnen, mit der sinngemässen Abwandlung, die sich aus der Verschiedenheit von Buch- und Fahrnisbesitz ergibt[1] [2].

b) Vergleichende Gegenüberstellung der Anspruchsfolgen.

Das BGB hat die Haftung des Nichteigentümers nicht durch Verweisung auf das Schuldrecht, sondern selbständig in den §§ 987 ff. geregelt. Daher ergeben sich bei einer vergleichenden Betrachtung zwischen abstrakter und kausaler Uebereignung auch bezüglich der Haftung und der Herausgabe von Nutzungen einige Unterschiede.

Zunächst ist bei beiden Ansprüchen, dem Bereicherungsanspruch und dem Eigentumsfolgeanspruch aus §§ 987 ff. BGB, zu unterscheiden zwischen dem redlichen Besitzer, dem unredlichen Besitzer und dem Besitzer nach Rechtshängigkeit. Bezüglich der Haftung des Prozessbesitzers und des unredlichen Besitzers besteht zwischen beiden Ansprüchen kein Unterschied. Denn mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder der Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes haftet der Bereicherte nach den allgemeinen Vorschriften. Durch diese Bestimmung wird auf die Vorschrift des § 292, I BGB verwiesen, der seinerseits den Anspruch

1) *Wieacker*, DJZ. 1936 S. 989 ff.

2) „Was die Auseinandersetzung zwischen dem wirklichen Eigentümer und dem Bucheigentümer wegen der Nutzungen und Verwendungen anbelangt, so ist die Stellung des Bucheigentümers gegenüber der Grundbuchberichtigungsklage der Stellung des Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers so wesensverwandt, daß auf den Bucheigentümer nicht nur die §§ 989, 990, sondern auch die §§ 987, 993 entsprechend anzuwenden sind". *Staudinger* § 894, 5.

des Gläubigers der Regelung unterstellt, welche das Verhältnis vom Eigentümer zum Besitzer in §§ 987 ff. BGB erfahren hat. Es wird also für diese Fälle eine genau gleiche Behandlung durchgeführt. Ein Unterschied besteht hier lediglich bezüglich des Haftungsmasses. Der Bereicherungsschuldner ist und wird erst dann bösgläubig, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes positiv kennt oder erfährt, dagegen ist der Besitzer schon dann unredlich, wenn er sein Nichtrecht kennt oder grobfahrlässig nicht kennt und wird unredlich, wenn er es nachträglich positiv erfährt. Die Bereicherungshaftung stellt also das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich. Nach beiden Ansprüchen hat also der unredliche Besitzer die Nutzungen herauszugeben und ist für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens der herauszugebende Gegenstand verschlechtert wird. Die Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB sind Sondernormen. Sie regeln das Verhältnis vom Eigentümer zum Besitzer erschöpfend. Soweit nach diesen Bestimmungen eine Herausgabepflicht hinsichtlich der Nutzungen nicht aufgestellt wird, bilden diese Bestimmungen zugleich den rechtlichen Grund für das Behalten der Nutzungen. Da keine Regelung über die Herausgabe von Nutzungen des entgeltlichen Besitzers und die Haftung für eine Zerstörung oder Beschädigung der Sache des redlichen Besitzers getroffen ist, so darf er die vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen regelmässig ersatzlos behalten und haftet auch nicht für Beschädigung oder Zerstörung der Sache. Nach Bereicherungshaftung sind dagegen die vom gutgläubigen Kondiktionsgegner gezogenen und noch vorhandenen Nutzungen herauszugeben. Allerdings beschränkt sich der Umfang der kondiktizischen Haftung nur auf den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung, vorausgesetzt, dass der Schuldner gutgläubig ist.

VIII. Ausgestaltung der kausalen Uebereignung bei nachträglichem Wegfall des Rechtsgrundes.

Bei einer kausalen Gestaltung der Uebereignung im Liegenschaftsrecht zieht der Bucheintrag seine materielle Rechtfertigung aus dem gültigen Rechtsgrund. Bei Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes ist der Eintrag ungerechtfertigt und der Veräusserer Eigentümer des Grundstücks geblieben. Das schweizerische ZGB drückt dies in Art. 974, II folgendermassen aus: „Der Eintrag ist ungerechtfertigt, wenn er ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist". Damit ist aber zum Ausdruck gebracht, dass die dingliche Klage auf Rückgewähr nur dann gegeben ist, wenn der Mangel im Rechtsgrund bereits im Zeitpunkt der Uebereignung vorhanden war [1]). Bei der Beurteilung der Fälle, in denen der Rechtsgrund zunächst gültig bestanden hat, aber nachträglich wegfällt, herrscht Streit über den Charakter des Rückgewähranspruchs. *Strohal* [2]) sagt, dass es für diese letztgenannten Fälle von vornherein klar ist, dass dem Verkürzten ein anderes Mittel als die Kondiktion überhaupt nicht gegeben werden könne. Eine kausale Gestaltung ist also hiernach ausschliesslich für diejenigen Fälle von Belang, in welchen die Rechtsübertragung wegen Mangelhaftigkeit der causa schon von allem Anfang an als ungerechtfertigt erscheint. *Heck* [3]) dagegen meint, dass kein hinreichender Grund für die verschiedene Beurteilung dieser Fälle vorliege.

Bezüglich des Rücktritts kann es keinem Zweifel unterliegen, dass trotz kausaler Gestaltung der Veräusserer nur einen schuldrechtlichen Rückforderungsanspruch hat. Denn die Uebereignung hat zunächst vollgültig stattgefunden. Eine vom Willen der Parteien abhängige Rückgängigmachung des Uebereignungsgeschäfts mit dinglicher Wirkung würde für den Rechtsverkehr eine grosse Unsicherheit bedeuten. Der Rücktritt begründet unter den Vertragsteilen

1) *Wieland* Art. 974, 3.
2) a. a. O.: Iher. Jahrb. Bd. 27 S. 403.
3) Das abstrakte dingl. Rechtsgeschäft S. 64.

lediglich ein neues Schuldverhältnis, das auf Rückgewährung der empfangenen Leistungen gerichtet ist. Dasselbe wie für den Rücktritt hat auch für die Wandlung zu gelten.

Anders dagegen liegen die Fälle der Anfechtung. Das anfechtbare Geschäft hat zunächst alle Wirkungen eines gültigen Geschäftes. Die Anfechtung setzt begrifflich Wirksamkeit des anzufechtenden Rechtsgeschäfts voraus. Solange die Anfechtung möglich ist, bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe. Der Fortbestand oder Wegfall der Wirkungen des Geschäftes hängt vom Willensentschluss des Anfechtungsberechtigten ab. Soll nun nach erfolgter Anfechtung die Sache mit dinglicher Wirkung an den Veräusserer zurückfallen, oder soll diesem lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch gegeben werden?

Im schweizerischen Recht besteht diese Schwierigkeit nicht, da die Anfechtbarkeit hier eine andere Bedeutung als im deutschen Recht hat[1]). Das mit Willensmängeln behaftete Rechtsgeschäft ist zunächst unwirksam, wird aber nach einer, während einer bestimmten Frist nicht vorgenommenen Anfechtung wirksam. Ein mit Willensmängeln behafteter Vertrag ist gemäss Art. 27, 28, 29 OR für den Irrenden, Getäuschten, Bedrohten unverbindlich. Der Vertrag kann aber nachträglich gültig werden durch Genehmigung und durch Zeitablauf (Art. 31 OR). In diesem Sinn ist im schweizerischen Obligationenrecht das mit Willensmängeln behaftete Rechtsgeschäft geregelt. Die Anfechtung des schweizerischen Rechtes ist eine Erklärung, durch welche das Gültigwerden eines Geschäftes gehindert wird, während die Anfechtung des deutschen Rechtes die Ungültigkeit eines zunächst gültigen Rechtsgeschäfts herbeiführt. Im schweizerischen Recht würde also die auf Grund eines mit einem Willensmangel behafteten Verpflichtungsgeschäftes vollzogene Eintragung ungerechtfertigt sein. Die Anfechtung des deutschen Rechts lässt dagegen zunächst eine gültige Eintragung entstehen[2]). Man sollte aber

1) *v. Tuhr* § 39 S. 272.
2) *v. Tuhr* § 39 Anm. 21.

trotzdem nach erfolgter Anfechtung die Sache mit dinglicher Wirkung an den Veräusserer zurückfallen lassen; denn das anfechtbare Geschäft ist trotz seiner zunächst vorliegenden Wirksamkeit als mangelhaft zu bezeichnen. Der Fehler haftet ihm von vornherein an, nur die Geltendmachung ist dem Willen einer bestimmten Person überlassen. Daher ist für diese Fälle das Bedürfnis des Kausalschutzes dasselbe, wie für die Fälle der ursprünglichen Mangelhaftigkeit der causa. Zwar wird durch die nachträgliche Geltendmachung des Kausalmangels mit dinglicher Wirkung die Rechtsgewissheit stark gefährdet, aber hier bildet der Schutz des guten Glaubens in § 142, II BGB den nötigen Ausgleich.

IX. Zusammenfassung.

Im zweiten Abschnitt wurde gezeigt, dass sich die Anschauung über den Boden grundlegend gewandelt hat. Die Erkenntnis von der grossen Bedeutung des Bodens als der nach den Menschen des Volkes wichtigsten Grundlage des völkischen Lebens liess es erforderlich erscheinen, den Boden aus dem freizügigen Umsatzverkehr herauszunehmen. Die öffentlichrechtliche und soziale Bedeutung des Bodens führt zu einer gesteigerten Pflichtbindung des einzelnen Grundstückseigentümers gegenüber der Gemeinschaft. Eine derartige Auffassung von Grund und Boden lässt aber das Abstraktheitsprinzip für das Liegenschaftsrecht überflüssig, ja sogar unangebracht erscheinen. Ueberflüssig insofern, als die einseitige Betonung der Verkehrssicherheit heute nicht mehr als Ideal für den Bodenumsatz erscheint, unangebracht deshalb, weil es unter Umständen zu unerwünschten Konsequenzen für einen stetigen und geordneten Bodenverkehr führen kann[1]). Zudem ist durch die Anerkennung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs das erforderliche Mass an Verkehrssicherheit für den Liegen-

1) vgl. oben S. 23 ff.

schaftsumsatz gewährleistet, sodass es hier nicht der strengen Sonderung im Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bedarf.

Aber ganz abgesehen von diesen rechtspolitischen Erwägungen, die ihre Rechtfertigung aus einer neuen Auffassung über den Boden ziehen, ist der abstrakte dingliche Vertrag für den Bodenumsatz entbehrlich, weil dem Immobiliargeschäft ohnehin eine gewisse Schwerfälligkeit eigen ist. Der Vorteil einer schnellen und leichten Abwicklung des Umsatzgeschäftes, der durch den abstrakt dinglichen Vertrag zweifellos gewährleistet ist, verliert beim Immobiliargeschäft an Bedeutung. Das ergibt sich einmal aus der grossen ökonomischen Tragweite, mit der das Immobiliargeschäft in der Regel verbunden ist. Diese lässt es angebracht erscheinen, einen Beurkundungszwang im Interesse der Beteiligten einzuführen. Dieser Beurkundungszwang bringt aber eine gewisse Schwerfälligkeit des Veräusserungsgeschäftes mit sich. Zum anderen ist es die ganze Einrichtung des Grundbuchapparates, die einer raschen Abwicklung des Immobiliargeschäftes entgegensteht. Während sich im Fahrnisrecht die Eigentumsübertragung ohne Formzwang und ohne behördliche Mitwirkung vollzieht, so kann sich hier der durch das Abstraktheitsprinzip gewährleistete Vorteil einer schnellen Abwicklung des Geschäftes voll entfalten.

Bezeichnend für die Behandlung der Veräusserung bei Immobilien und Mobilien ist die Regelung des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Der schweizerische Gesetzgeber hat in Art. 974 ZGB ausgesprochen, dass zur dinglichen Rechtsänderung an Liegenschaften auch ein gültiges Kausalgeschäft gehört. Krankt das Kausalgeschäft an einem Mangel, so ergreift dieser Mangel auch die sachenrechtliche Lage, und die dingliche Verschiebung entbehrt der Gültigkeit. Für das Fahrnisrecht besteht jedoch Meinungsverschiedenheit über den Charakter des Veräusserungsgsschäftes, da das Zivilgesetzbuch die Frage nicht entscheidet. Aus dem Text des Art. 714 ZGB lässt sich weder für eine kausale noch für eine abstrakte Ueber-

eignung ein Anhaltspunkt entnehmen[1]). *v. Tuhr*[2]) sagt bei der Behandlung dieser Frage, „ein Gesetz kann gute Gründe haben, im Liegenschaftsrecht den Schutz des Veräusserers zu betonen, bei Mobilien dagegen grösseren Wert auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu legen".

Auf Grund dieser Erwägungen kann es keinem Zweifel unterliegen, dass eine kausale Gestaltung der Uebereignung einer künftigen Bodenordnung gerechter wird als eine abstrakte Uebereignung.

---

1) *Wieland* Art. 714, 36; gegen eine abstrakte Tradition. Dagegen *Leemann* Art. 714 N. 2 für Abstraktheit.

2) Zeitschr. f. Schweizer Recht Bd. 62 S. 68.

Lebenslauf.

Als Sohn des Bürgermeisters a. D. Clemens Arnold und seiner Ehefrau Marie geb. Nickell wurde ich am 2. Juni 1915 in Kassel geboren. Ich besuchte vier Jahre die Volksschule in Kassel und von Ostern 1925 ab das Realgymnasium I. Von Ostern 1928 ab besuchte ich die Jakob Grimm-Schule (deutsche Oberschule in Aufbauform) in Rotenburg (Fulda). Hier bestand ich Ostern 1934 die Reifeprüfung. Im Anschluß hieran war ich zunächst ein halbes Jahr im Arbeitsdienst in Rügenwalde (Pommern) und widmete mich dann dem Studium der Rechte an den Universitäten in Göttingen (WS 1934/35, SS 1935), Breslau (WS 1935/36), Rostock (SS 1936) und Marburg/Lahn (WS 1936/37 bis WS 1937/38). Am 9. Juli 1938 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung, und wurde am 4. Oktober 1938 zum Gerichtsreferendar ernannt.